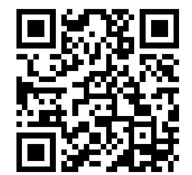
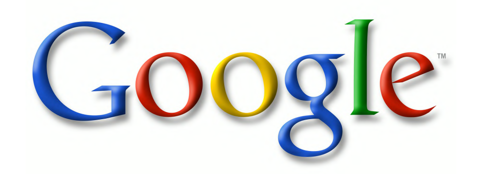
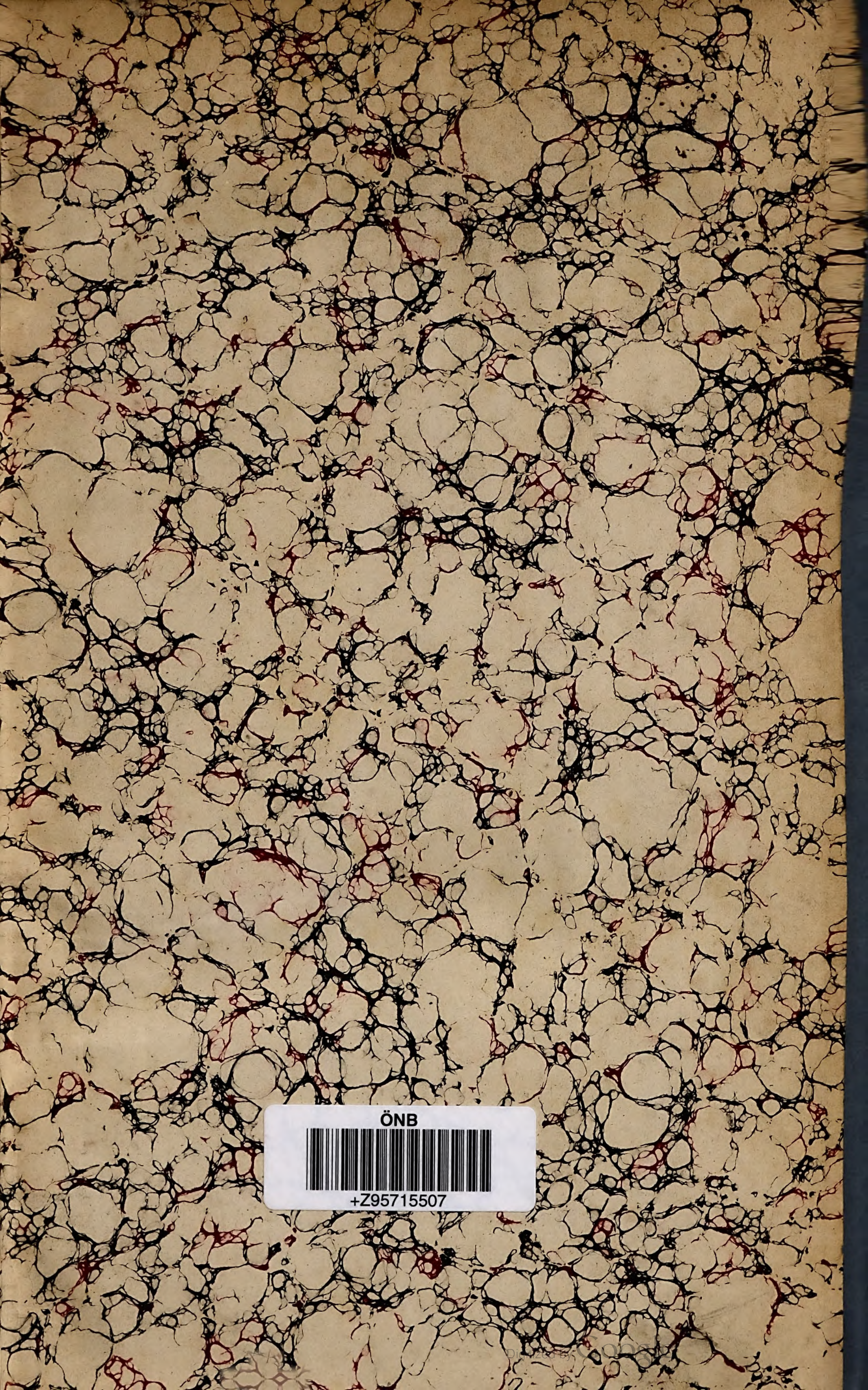
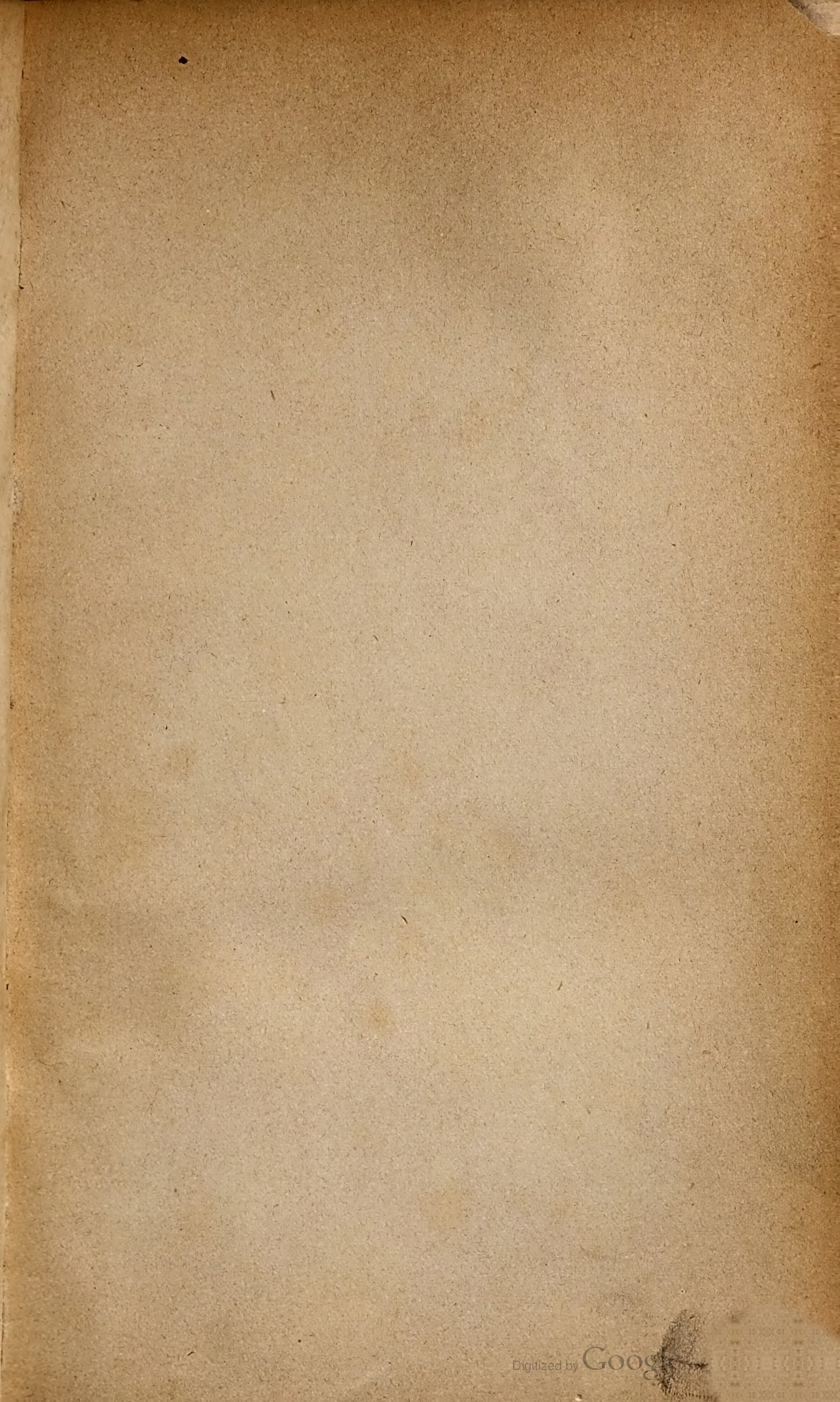
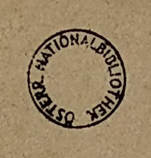











ÖSTERR. NATIONALBIBLIOTHEK

ZEITSCHRIFT

DER SAVIGNY-STIFTUNG

FÜR

RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

G. BRUNS, P. v. ROTH, H. BÖHLAU, A. PERNICE

ERSTER BAND

XIV. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTHEILUNG

WEIMAR
HERMANN BÖHLAU
1880.



WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Die

Savigny-Stiftung.

Von **Bruns.**

Die Zeitschrift für Rechtsgeschichte erscheint vom vierzehnten Bande ab mit der neuen Bezeichnung: „Zeitschrift der Savigny-Stiftung." Es bedarf dies einer Rechtfertigung, die in folgenden Umständen enthalten ist.

Die Savigny-Stiftung ist im Jahre 1863 gegründet, ist aber bis jetzt in ihrem Bestande und ihrer Wirksamkeit wenig bekannt geworden. Es wird zwar jährlich ein Bericht über den Bestand und Fortgang der Stiftung veröffentlicht, aber nur in den Jahresberichten der juristischen Gesellschaft zu Berlin, die ausserhalb Berlins wenig Verbreitung finden. Die wissenschaftliche Wirksamkeit der Stiftung selber aber ist ihrem ganzen Zwecke gemäss der Art, dass sie nur in grösseren wissenschaftlichen Unternehmungen hervortritt, die jahrelange Studien und Arbeiten erfordern, und von denen daher auch in den 17 Jahren des Bestandes der Stiftung nur wenig erst hat vollendet werden können. Wirklich beendigt ist erst ein Werk, die neue Ausgabe des Justinianischen Codex von P. Krüger. Von einem andern, der Quellengeschichte des canonischen Rechtes von Fr. Maassen, ist nur erst der erste Band erschienen. Ausserdem sind nur noch von einer neuen Ausgabe des Schwabenspiegels von L. Rockinger einzelne Vorarbeiten veröffentlicht. Ein eigentliches Bild von dem Bestande, den Mitteln und Organen und der Bedeutung und Wirksamkeit der Stiftung ist aus diesen vereinzelten Erscheinungen um so weniger zu gewinnen, als auch bei ihnen der Zusammenhang mit der Stiftung nicht äusserlich hervortritt, sondern nur beiläufig in den Vorreden hervorgehoben wird.

Unter diesen Umständen ist es natürlich, dass als im vorigen Jahre bei Savigny's Geburtsfeste die allgemeine Feier desselben in ganz Deutschland deutlich zeigte, wie frisch und lebendig das Interesse für die wissenschaftliche Bedeutung Savigny's noch sei, in den Herausgebern dieser Zeitschrift der Gedanke entstand, die Zeitschrift, die eigentlich nur eine Nachfolgerin der alten Savigny'schen „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft" ist, mit dem Namen Savigny's durch Vermittelung der Savigny-Stiftung in eine nähere Verbindung zu setzen, und dadurch zugleich der Stiftung selber ein festes und weitverbreitetes Organ für ihre Publicationen zu geben, so wie auch die Kenntniss von ihrem Zustande und ihrer Wirksamkeit grösseren und entfernteren Kreisen leicht und sicher zugänglich zu machen. Der Plan wurde von den statutenmässigen Organen der Stiftung gebilligt und angenommen und tritt demgemäss mit dem gegenwärtigen ersten Hefte des neuen Bandes der Zeitschrift ins Leben.

Als Ausgang und Grundlage für alle weiteren Publicationen scheint es passend zu sein hier dreierlei Mittheilungen voraufzuschicken:

1) eine Beschreibung der Entstehung der Stiftung,
2) das Statut der Stiftung,
3) einen Bericht über ihre bisherige Wirksamkeit.

1. Die Entstehung der Savigny-Stiftung.

Als Savigny am 25. October 1861 hier in Berlin gestorben war, fasste der Vorstand der hiesigen juristischen Gesellschaft (eines Vereins von Praktikern und Theoretikern zu gemeinsamen Zusammenkünften mit wissenschaftlichen Vorträgen) den Entschluss, eine würdige Todtenfeier für den Verewigten zu veranstalten. Die Feier fand am 29. November in höchst solenner Weise statt. Ihre Majestäten der König und die Königin so wie Se. Königliche Hoheit der Kronprinz beehrten die Versammlung mit ihrer Gegenwart; ausserdem erschienen die Minister v. Auerswald, v. Bernuth, v. Bethmann-Hollweg, Uhden, Simons und eine Menge anderer hochgestellter und sonstiger Personen, namentlich noch als Ver-

treter des Juristentages der Staatsanwalt Dr. Schwartze aus Dresden und der Professor v. Wächter aus Leipzig.

Die Gedächtnissrede hielt der Professor Heydemann. Nach ihrer Beendigung trat der Präsident der Gesellschaft, Graf v. Wartensleben, auf und machte der Gesellschaft die Mittheilung:

„dass der Vorstand der juristischen Gesellschaft beschlossen habe, sich als Comité behufs Gründung einer Savigny-Stiftung zur Förderung der vergleichenden Rechtswissenschaft zu constituiren."

Zugleich richtete er an Professor v. Wächter die Aufforderung, sich über diesen Gedanken und den Plan einer solchen Stiftung äussern zu wollen. Wächter that dies, indem er ausführte, wie eine solche Stiftung das passendste und schönste Denkmal sei, das eine juristische Gesellschaft Savigny errichten könne, dabei zwar einige Bedenken über die Behandlung der vergleichenden Rechtswissenschaft nicht verhehlte, aber doch die Ueberzeugung und Hoffnung aussprach, dass der Plan sicher allgemeinen Anklang finden und in der richtigen Weise ausgeführt eine segensreiche Wirkung ausüben würde.

Der Vorstand der Gesellschaft als ursprüngliches Gründungs-Comité bestand aus den Stadtgerichtsräthen Graf v. Wartensleben und Borchardt, dem Staatsanwalte Meyen, den Rechtsanwalten Simson und Volkmar und dem Privatdocenten Dr. Dove. Es verstärkte sich durch Cooptation zu einem grösseren Comité von 17 Personen, indem es die rechtsgelehrten Mitglieder des Staatsministeriums zum Beitritte einlud, nämlich die Minister v. Bernuth, v. Bethmann-Hollweg, v. Patow, Graf v. Schwerin, ferner den Präsidenten des Ob.-Trib. Bornemann und sämmtliche Mitglieder der juristischen Facultät, von denen die Professoren Bruns, Gneist, Heydemann, Homeyer, Richter, Rudorff die Einladung annahmen. Das Comité constituirte sich gleich im Anfang des Decembers und erliess einen Aufruf an die Schüler und Verehrer Savigny's in allen Ländern und Nationen. Der erste Beitrag wurde bereits am 12. December angemeldet, 500 Thaler vom Könige und der Königin, denen der Kronprinz und die Kronprinzessin mit 200 Thaler folgten.

Weitere Beiträge kamen dann sehr bald. Namentlich in den fürstlichen Kreisen fand sich eine äusserst rege Theilnahme: Beiträge sendeten der Kaiser von Oesterreich, die Könige von Würtemberg, Sachsen, Portugal, die Grossherzöge von Baden, Hessen, Oldenburg, Weimar, die Herzöge von Nassau, Meiningen, Altenburg, Dessau, die Fürsten von Schwarzburg-Rudolstadt, Schwarzburg-Sondershausen, von Hohenzollern-Hechingen. Ihnen folgten die freien Städte Deutschlands Hamburg, Lübeck, Bremen, Frankfurt. Ausserdem beeiferten sich Ministerien und andere Behörden, Gerichte, Universitäten, Magistrate und eine Menge einzelner Privatpersonen. Die Gesammtsumme der Beiträge war bis zum Schlusse des Jahres 1879, auf die einzelnen Länder vertheilt, folgende:

1) aus Deutschland	36,273	Mark	80 Pf.
2) aus Oesterreich	29,437	„	40 „
3) aus Italien	1680	„	20 „
4) aus Spanien [1]	1501	„	20 „
5) aus Holland	1143	„	— „
6) aus Portugal	800	„	— „
7) aus Frankreich	490	„	80 „
8) aus der Schweiz	400	„	— „
9) aus Russland	255	„	— „
10) aus Schweden und Norwegen	240	„	— „
11) aus Belgien	208	„	50 „
12) aus Süd-Amerika (Buenos-Ayres)	2038	„	50 „
In Summa	75,848	Mark	60 Pf.

[1]) Besonders interessant ist die Theilnahme von Barcelona. Das Advocatencollegium zu Barcelona hatte am 11. Juli 1869 ein Spanisches Savigny-Comité im Anschlusse an diese Stiftung gegründet. An der Stiftungsfeier betheiligten sich die höchsten Würdenträger der Stadt Barcelona, sowohl die der Geistlichkeit als auch die vom Civil- und Militärstande, endlich auch der Prorector der dortigen Universität und viele hervorragende Juristen, welche dazu eingeladen worden waren. Mittelst Schreibens des Prof. E. Durand, des Präsidenten dieses Comités, vom 27. October 1869, wurde an das hiesige Curatorium der Stiftung das Ersuchen gerichtet, jenes Comité als mitgehörig zu der Stiftung zu betrachten, unter Einsendung eines ersten Beitrages von 1500 Mark zum Capitalvermögen der Stiftung. Nach der Mittheilung waren bereits ge-

Nicht ganz leicht war die Feststellung des Statutes für die Stiftung, namentlich konnte der Zweck der Stiftung nicht wohl so allgemein auf vergleichende Rechtswissenschaft gestellt gelassen werden, sondern musste genauer und in einer den wissenschaftlichen Bestrebungen Savigny's sich enger anschliessenden Weise gefasst werden; dazu kam, dass be-

---

zeichnet: 1000 Realen von dem Advocatencollegium, 400 R. von der dortigen juristischen Facultät, 500 R. von der dortigen Akademie der Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 500 R. vom Collegium der dortigen Notare. Nach Artikel 2 der mitgetheilten Statuten jenes Comités hat dasselbe sich die Aufgabe gestellt:

1) das Studium der Rechtswissenschaft in Spanien in allen ihren Zweigen zu begünstigen;
2) mittelst Subscription zur Vermehrung des Capitals der Savigny-Stiftung zu Berlin beizutragen;
3) die durch die Savigny-Stiftung in das Leben gerufenen wissenschaftlichen Arbeiten in Spanien zu verbreiten;
4) Spanische Juristen anzuregen zur Theilnahme an den wissenschaftlichen Arbeiten, zu welchen die Stiftung auffordert.

Mittelst Schreiben vom 12. September 1871 hatte dieses Comité an das Curatorium der Stiftung das Ersuchen gestellt, den Artikel 16 des Statuts der Savigny-Stiftung, wonach die wissenschaftlichen Arbeiten in Lateinischer, Deutscher, Englischer, Französischer oder Italienischer Sprache abgefasst sein müssen, dahin abzuändern:

> dass auch die Spanische unter diese Cultursprachen aufgenommen werde.

In dem Antwortschreiben vom 29. December 1871 wies der Vorsitzende des Curatoriums darauf hin, dass die gewünschte Abänderung der Statuten von der Bestimmung dreier Akademien der Wissenschaften und der Allerhöchsten Genehmigung Sr. Majestät des Kaisers und Königs abhängen würde, mithin nicht nur weit aussehend, sondern von unsicherem Erfolge erscheine. Das Curatorium würde jedoch versuchen, bei nächster Gelegenheit dem ausgesprochenen Wunsche zu entsprechen. Inzwischen sei das Curatorium erbötig, alle Mittheilungen, insbesondere auch Concurrenzschriften in Spanischer Sprache jederzeit dankend entgegenzunehmen, vorausgesetzt, dass den Spanischen Concurrenzschriften nach § 16 der Statuten in ihrer jetzigen Fassung eine Uebertragung in eine der dort genannten Sprachen beigefügt sein würde.

Seit dieser Zeit ist gar keine Mittheilung des Spanischen Comités bei dem Curatorium der Stiftung eingegangen. Nach der Mittheilung des Consuls des Deutschen Reichs in Barcelona, Herrn Richard Lindau, vom 12. Juli 1877, wirkt die Spanische Commission der Savigny-Stiftung unter Leitung des Professors Durand in Barcelona in erfreulicher Weise ununterbrochen fort.

stimmte Organe für die Entscheidung über die wissenschaftliche Wirksamkeit der Stiftung geschaffen werden mussten, wozu die drei Akademien der Wissenschaften von Berlin, München und Wien vorgeschlagen wurden. Der erste Statutentwurf war vom 18. December 1862. Er wurde den drei Akademien und einer Reihe von Rechtsgelehrten verschiedener Länder zur Kritik und Begutachtung zugesendet. Antworten, längere oder kürzere, gingen von den drei Akademien ein und von 10 Rechtsgelehrten, nämlich den Professoren Abegg, Anschütz, Ellero (in Bologna), Ihering, Kraut, Mittermaier, Unger, Witte und von den O.-A.-G.-Präsidenten v. Düring in Celle und v. Langenn in Dresden.

Nach diesem Materiale wurde dann ein neuer Entwurf ausgearbeitet und vom Comité in einer Reihe von Sitzungen berathen. Mit mancherlei Veränderungen wurde er endlich am 27. März 1863 definitiv festgestellt, und am 20. Juli erhielt dann die Stiftung auf Grund dieses Statutes vom Könige die nöthige landesherrliche Genehmigung.

Das Statut lautet wörtlich wie folgt:

2. Das Statut der Savigny-Stiftung.

Bei der Feier, welche die Juristische Gesellschaft zu Berlin am 29. November 1861 zum Gedächtnisse des am 25. October desselben Jahres verstorbenen Königlich Preussischen Staatsministers Dr. Friedrich Karl v. Savigny beging, wurde der Beschluss verkündet, das Andenken des grossen Rechtslehrers durch Gründung einer Stiftung zu ehren.

Da zur Ausführung dieses Beschlusses die Summe von 16,436 Thaler Preuss. Cour. bereits verfügbar ist, wird nachstehendes Statut errichtet:

I. Zweck der Stiftung.

§ 1. Der Zweck der Stiftung ist:

in wesentlicher Berücksichtigung der Bedürfnisse der Gesetzgebung und der Praxis

1) wissenschaftliche Arbeiten auf dem Gebiete des Rechts der verschiedenen Nationen zu fördern,

namentlich solche, welche das römische Recht und die verschiedenen germanischen Rechte sowohl für sich, als auch im Verhältniss zu einander behandeln,

ferner solche, welche die von Savigny begonnenen Untersuchungen in seinem Sinne weiterführen;

2) besonders befähigte Rechtsgelehrte in den Stand zu setzen, die Rechtsinstitutionen fremder Länder durch eigene Anschauung kennen zu lernen und darüber Berichte oder weitere Ausführungen zu liefern.

II. Befähigung zur Theilnahme.

§ 2. Die Befähigung zur Theilnahme an den Vortheilen, welche die Stiftung behufs der Förderung ihres Zweckes gewährt, ist an keine Nationalität gebunden.

III. Rechte der Stiftung.

§ 3. Die Stiftung besitzt unter dem Namen „Savigny-Stiftung" die Rechte einer Corporation und führt in ihrem Siegel das Wappen der Familie v. Savigny. Sie hat ihren Sitz in Berlin und ihren Gerichtsstand bei dem Königlichen Stadtgerichte daselbst.

IV. Stiftungs-Vermögen.

§ 4. Das Capital-Vermögen der Stiftung wird aus den bisher gesammelten Beiträgen und aus den künftig eingehenden Zuwendungen gebildet, sofern der Geber nicht eine andere Bestimmung über die Art der Verwendung treffen sollte.

Das Capital-Vermögen der Stiftung darf niemals angegriffen werden.

§ 5. Für die Zwecke der Stiftung werden nur die Zinsen des Capital-Vermögens verwendet.

V. Curatorium der Stiftung.

§ 6. Die Stiftung wird durch ein Curatorium von sechs Personen vertreten.

Das Curatorium wird bei seiner Gründung aus zwei Mitgliedern der Königlichen Akademie der Wissenschaften zu Berlin, zwei Mitgliedern der juristischen Facultät der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität daselbst und zwei Mitgliedern der Juristischen Gesellschaft daselbst gebildet, welche von diesen Körperschaften, bezüglich von der Juristischen Gesellschaft gewählt werden.

Die Legitimation der von der Juristischen Gesellschaft gewählten zwei Mitglieder wird dadurch geführt, dass die von der Akademie und der Facultät gewählten vier Mitglieder des Curatoriums die Wahl derselben als giltig anerkennen.

§ 7. Scheidet ein Mitglied aus dem Curatorium aus, so erfolgt die Neuwahl von derjenigen Körperschaft, von welcher die Stelle des ausgeschiedenen Mitgliedes bei der Gründung des Curatoriums besetzt worden war. Ein gleiches Wahlrecht steht in gleichem Umfange der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zu. In Beziehung auf die Prüfung der Legitimation der von der letzteren gewählten Mitglieder findet auch bei Neuwahlen die Vorschrift des § 6 Alinea 3 des Statuts Anwendung.

Ist dieses Wahlrecht innerhalb eines von dem Curatorium zu bestimmenden angemessenen Zeitraumes nicht ausgeübt worden, so ergänzt sich das Letztere durch Cooptation aus der Zahl der in Berlin wohnenden Rechtsverständigen. Es müssen jedoch stets zwei Mitglieder im Curatorium sitzen, welche weder der Akademie noch der Universität angehören.

Ueber jeden Wahlact des Curatoriums wird eine notarielle Urkunde aufgenommen.

§ 8. Das Curatorium legitimirt sich als Vertreter der Stiftung durch ein Attest des Königlichen Polizeipräsidiums zu Berlin darüber, dass das Curatorium der Stiftung zur Zeit aus den im Atteste genannten Personen besteht.

Das Curatorium hat die Befugniss, einen Syndicus aus seiner Mitte zu wählen und diesem General- und Specialvollmacht cum facultate substituendi zu ertheilen, auch für einzelne Rechtsgeschäfte oder Processe Jemand, sei derselbe Mitglied des Curatoriums oder nicht, unter Beilegung sämmtlicher Rechte, welche dem Vertreter einer abwesenden Partei zustehen, zu bevollmächtigen.

§ 9. Das Curatorium wählt aus seiner Mitte einen Vorsitzenden, dessen Name durch eine von dem Curatorium zu bestimmende Berliner, Wiener oder Münchener Zeitung veröffentlicht wird.

Der Vorsitzende repräsentirt die Stiftung in allen aussergerichtlichen Angelegenheiten. Die Zahlungsanweisungen an

die Kasse der Stiftung bedürfen jedoch der Unterschrift des Vorsitzenden und zweier Mitglieder des Curatoriums.

§ 10. Die Beschlüsse des Curatoriums werden durch Stimmenmehrheit seiner Mitglieder gefasst.

Bei Stimmengleichheit giebt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.

Lässt der Vorsitzende schriftlich abstimmen, so muss die schriftlich zu formulirende Frage jedem Mitgliede zur Erklärung vorgelegt werden, und steht es dann in der Befugniss jedes Einzelnen, über die Frage eine mündliche Berathung und Abstimmung zu beantragen.

Zu einem giltigen Beschlusse des Curatoriums auf Grund mündlicher Abstimmung ist die Anwesenheit von mindestens drei Mitgliedern erforderlich.

§ 11. Das Curatorium hat für die zinsbare und depositalmässig sichere Anlegung des Stiftungs-Vermögens Sorge zu tragen.

Die Documente der Stiftung sind bei einer mit Depositalverwaltung verbundenen öffentlichen Anstalt zu deponiren.

Die Kasse der Stiftung wird durch einen vom Curatorium hiermit zu beauftragenden öffentlichen Kassenbeamten geführt. Diesem wird nach erfolgter Rechnungslegung alljährlich die Decharge durch das Curatorium ertheilt.

§ 12. Das Curatorium stellt nach einem sechsjährigen vom 1. Januar 1863 ab zu berechnenden Turnus die Zinsenmasse nach Abzug der Verwaltungskosten in runder Summe folgenden drei Akademien zu den Zwecken der Stiftung (§ 1) zur Verfügung und zwar die Zinsenmassen

1) des ersten und zweiten Jahres der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften zu Wien,
2) des dritten und vierten Jahres der Königlichen Akademie der Wissenschaften zu München,
3) des fünften und sechsten Jahres der Königlichen Akademie der Wissenschaften zu Berlin.

§ 13. Von demjenigen Zeitpunkte an, wo das Capital-Vermögen der Stiftung die Summe von Dreissigtausend Thalern Preuss. Cour. erreicht haben wird, tritt ein dreijähriger Turnus unter den genannten Akademien in der angegebenen Reihenfolge ein.

§ 14. Der Geschäftsgang bei dem Curatorium wird durch die anliegende Geschäftsordnung geregelt.

§ 15. Zu einer Abänderung der Geschäftsordnung ist die Zustimmung von wenigstens vier Mitgliedern des Curatoriums erforderlich.

VI. Der Wirkungskreis der Akademien.

§ 16. Die Akademie, welcher die Zinsenmasse nach Vorschrift des § 12 zur Verfügung gestellt ist, hat die Wahl, aus derselben

1) ein in Druck oder in Schrift ihr vorliegendes Werk zu prämiiren,
2) eine Preisaufgabe zur Concurrenz auszuschreiben,
3) eine Reisestipendium zu ertheilen,
4) die zur Ausführung einer rechtswissenschaftlichen Arbeit erforderlichen Geldmittel zu gewähren.

Dem freien Ermessen der Akademie bleibt überlassen, ob sie die ihr zur Verfügung gestellte Zinsenmasse zu einem und demselben Unternehmen oder zu verschiedenen Zwecken (Nr. 1 bis 4) verwenden will.

Auch die Zinsenmassen mehrerer Jahre können mit Einwilligung der betheiligten Akademien für ein und dasselbe Unternehmen bestimmt und verwendet werden.

Ordentlichen einheimischen Mitgliedern der conferirenden Akademie dürfen weder Preise noch Reisestipendien ertheilt werden.

Die wissenschaftlichen Arbeiten ad 1, 2, 4, sowie die Reiseberichte ad 3 müssen in Lateinischer, Deutscher, Englischer, Französischer oder Italienischer Sprache abgefasst sein.

§ 17. Beabsichtigt die Akademie ein bereits vollendetes Werk zu prämiiren (§ 16 Nr. 1), so hat dieselbe innerhalb eines Jahres, von dem Zeitpunkte an gerechnet, wo ihr die Zinsenmasse zur Verfügung gestellt ist, diese Prämiirung auszusprechen und dem Curatorium unter Uebersendung des Werkes, sowie des die Prämiirung motivirenden Gutachtens die Zahlungsanweisung zu ertheilen.

Schriften, welche schon länger als vier Jahre vor dem Beschlusse ein Werk zu prämiiren, durch den Druck veröffentlicht worden, sind von der Prämiirung ausgeschlossen.

Die Auszahlung der ganzen Prämie für ein Werk, welches im Manuscripte vorliegt, darf erst nach der Veröffentlichung des Werkes durch den Druck erfolgen.

§ 18. Stellt die Akademie eine Preisaufgabe (§ 16 Nr. 2), so veröffentlicht sie innerhalb eines Jahres, von dem Zeitpunkte an gerechnet, wo ihr die Zinsenmasse zur Verfügung gestellt ist, in ihren Organen und in den ihr geeignet erscheinenden öffentlichen Blättern das Thema, die Bedingungen der Concurrenz und den Zeitpunkt der Ablieferung der Arbeiten, setzt auch das Curatorium hiervon in Kenntniss.

An dem auf diesen Zeitpunkt der Ablieferung zunächst folgenden 21. Februar oder in der demnächst folgenden Gesammtsitzung verkündet die Akademie das Resultat der Concurrenzausschreibung, sowie den Namen des Verfassers der gekrönten Preisschrift und ertheilt demnächst dem Curatorium bei Uebersendung der Preisschrift und des die Preisertheilung motivirenden Gutachtens die Zahlungsanweisung.

Die Auszahlung der ganzen Prämie erfolgt auch in diesem Falle erst dann, wenn die Veröffentlichung der Preisschrift durch den Druck bewirkt ist.

Ist die Preisaufgabe nach dem Urtheile der Akademie nicht gelöst, so steht es in ihrer Befugniss, dieselbe Aufgabe nochmals zur Concurrenz auszuschreiben.

§ 19. Bewilligt die Akademie ein Reisestipendium (§ 16, Nr. 3), so wird dieser Beschluss innerhalb eines Jahres, von dem Zeitpunkte an gerechnet, wo ihr die Zinsenmasse zur Verfügung gestellt ist, spätestens am nachfolgenden 21. Februar oder in der demnächst folgenden Gesammtsitzung verkündet, und steht es in der Befugniss der Akademie, dem Percipienten eine bestimmte Anweisung zu ertheilen. Der diesfällige Beschluss unter Angabe der Zahlungsmodalitäten ist dem Curatorium zur Ausführung mitzutheilen. Die Akademie wird Maassregeln treffen oder durch das Curatorium treffen lassen, welche die Veröffentlichung des Reiseberichtes möglichst sichern.

§ 20. Entscheidet sich die Akademie dafür, die Zinsenmasse ganz oder zum Theile einem Rechtsgelehrten zur Ausführung eiuer bestimmten wissenschaftlichen Arbeit zu gewähren (§ 16, Nr. 4), so ist sie verpflichtet, über den Plan der Arbeit vom Verfasser eine Vorlage zu erfordern, von dem

Fortgange des Unternehmens sich in Kenntniss zu erhalten und die Veröffentlichung des Resultates der Forschungen möglichst zu sichern.

Dem Curatorium wird bei Mittheilung der gemachten Vorlagen und der in der Angelegenheit von der Akademie gefassten Beschlüsse die Zahlungsanweisung ertheilt.

§ 21. Verfügt die Akademie an dem 21. Februar oder in der demselben zunächst folgenden Gesammtsitzung (§§ 18 bis 19) nicht über die ihr zur Verfügung gestellte Zinsenmasse, oder macht sie nicht innerhalb des einjährigen Zeitraums von dem ihr nach § 17, resp. § 20 zustehenden Rechte Gebrauch, ein bereits vollendetes Werk zu prämiiren, beziehungsweise einem Rechtsgelehrten zur Ausführung einer wissenschaftlichen Arbeit die Mittel zu überweisen, oder erklärt sie nicht innerhalb gleicher Frist dem Curatorium, dass sie von dem Rechte des § 16 Alinea 3 Gebrauch mache, so ist die Masse der ferneren Verfügung der Akademie entzogen. Diese verfallenen Massen werden einem besonders zu verwaltenden Fonds der Stiftung zugeschrieben, dessen Zinsen zur Deckung der Druckkosten für die prämiirten Werke gleichzeitig mit der Zinsenmasse des Capital-Vermögens (§ 12) der Akademie zur Verfügung gestellt werden.

Die von der Akademie nicht zum Druck angewiesenen Zinsen des Druckkostenfonds werden zum Capitale dieses Fonds geschlagen.

§ 22. Abänderungen dieses Statuts bedürfen, ausser der Bestätigung der Staatsbehörde, der Zustimmung der drei Akademien und des Curatoriums der Stiftung.

So beschlossen zu Berlin, den 27. März 1863.

Das Gründungs-Comité der Savigny-Stiftung:

v. Bernuth. v. Bethmann-Hollweg. Borchardt. Bornemann. Dr. Bruns. Dr. Dove. Dr. Gneist. Dr. Heydemann. Dr. Homeyer. Meyen. Freiherr v. Patow. Dr. Richter. Dr. Rudorff. Graf v. Schwerin. Simson. Volkmar. Graf v. Wartensleben.

Auf Grund vorstehender Statuten ist die hiesige Savigny-Stiftung durch die Allerhöchste Ordre vom 20. v. Mts., welche wörtlich, wie folgt, lautet:

„Auf Ihren Bericht vom 18. ds. Mts. will Ich der „Savigny-Stiftung zu Berlin auf Grund ihres wieder „beifolgenden Statuts de dato Berlin, den 27. März 1863 „hiermit Meine landesherrliche Genehmigung ertheilen.“

Salzburg, den 20. Juli 1863.

Wilhelm.

Gez. v. Mühler.

„An
den Minister der geistlichen, Unterrichts-
und Medicinalangelegenheiten.“

landesherrlich genehmigt worden.

Berlin, den 6. August 1863.

(L. S.)

Der Minister der geistlichen, Unterrichts- und Medicinal-angelegenheiten.

In Vertretung: Lehnert.

In Gemässheit des § 14 des vorstehenden Statuts ist die nachfolgende Geschäftsordnung für das Curatorium der Stiftung aufgestellt:

Geschäftsordnung
für das Curatorium der Savigny-Stiftung.

§ 1. Das Curatorium wählt aus seiner Mitte einen Vorsitzenden unter Zuziehung eines Notars, welcher über den Wahlact eine Verhandlung aufnimmt.

Der Notar veröffentlicht den Namen des Vorsitzenden auf Grund des Wahl-Protokolls durch die vom Curatorium zu bezeichnenden Zeitungen von Berlin, Wien und München auf Kosten der Stiftung.

§ 2. Der Vorsitzende eröffnet alle an die Stiftung gerichteten Schreiben, beruft und leitet die Versammlungen des Curatoriums, führt das Siegel der Stiftung und asservirt die Acten.

§ 3. Die Mitglieder des Curatoriums werden durch den Vorsitzenden zu den Sitzungen schriftlich eingeladen, wenn derselbe es nicht vorzieht, schriftlich votiren zu lassen.

Zur Gültigkeit eines Beschlusses auf Grund mündlicher Berathung wird erfordert:

1) die bescheinigte schriftliche Einladung sämmtlicher Mitglieder,

2) die Angabe des Gegenstandes der Beschlussfassung in dem Einladungsschreiben,
3) die Anwesenheit von mindestens 3 Mitgliedern,
4) die Aufnahme eines von sämmtlichen anwesenden Mitgliedern unterschriebenen Sitzungs-Protokolls.

§ 4. Wenn beim Ausscheiden eines Mitgliedes aus dem Curatorium die Neuwahl durch Cooptation stattfindet, so wird über den Wahlact von einem öffentlichen Notar eine Verhandlung aufgenommen, aus welcher die Legitimation der Wählenden als Mitglieder des Curatoriums, sowie die Befolgung der Vorschrift des § 7 des Statuts hervorgeht.

Zur Gültigkeit der Wahl ist erforderlich, dass der Gewählte mindestens 3 Stimmen für sich hat.

§ 5. Bei Anlegung des Stiftungsvermögens in Hypotheken haben die sämmtlichen Mitglieder über die Beurtheilung der Sicherheit ihr Votum schriftlich abzugeben.

Der mit der Stiftungskasse betraute Kassenbeamte (§ 11 des Statuts) übernimmt gegen eine vom Curatorium zu bewilligende Remuneration zugleich die Rendantur und Buchführung über das Stiftungs-Vermögen.

Zahlungen leistet die Kasse nach den vom Curatorium ihr zu ertheilenden Anweisungen.

Vor dem 1. März eines jeden Jahres legt die Kasse dem Curatorium die Rechnung über die Einnahmen und Ausgaben des letztvorhergehenden Kalenderjahres vor, welche von 2 Mitgliedern des Curatoriums, die der Vorsitzende hierzu bestimmt, revidirt wird.

Nach Erledigung der Erinnerungen wird durch das Curatorium dem Kassenbeamten die Decharge ertheilt und die Zinsenmasse des letztverflossenen Jahres unter Abrundung auf 50 Thaler der conferirenden Akademie für den Zweck der Stiftung (§ 1 des Statuts) zur Verfügung gestellt.

So beschlossen zu Berlin, den 27. März 1863.

Das Gründungs-Comité der Savigny-Stiftung.

3. Bericht über die bisherige Wirksamkeit der Savigny-Stiftung.

Am 29. December 1863 wurde das Curatorium nach § 6 des Statuts constituirt. Gewählt waren:

1. von der Akademie der Wissenschaften zu Berlin die Professoren Mommsen und Rudorff,

2. von der juristischen Facultät die Professoren Bruns und Gneist,

3. von der juristischen Gesellschaft der Stadtgerichtsrath Graf v. Wartensleben und der Staatsanwalt Meyen.

Zum Vorsitzenden wählten diese nach § 9 des Statuts den Grafen v. Wartensleben in Anerkennung seiner Verdienste um das Zustandekommen der Stiftung. Zum Syndicus des Curatoriums wurde nach § 8 der Staatsanwalt Meyen gewählt.

Das Curatorium hat bis jetzt nur Ein Mitglied verloren, den Professor Rudorff, der im Jahre 1873 starb. An seine Stelle wählte die Akademie den Geheimerath Olshausen.

Das Vermögen der Stiftung betrug bei der Uebergabe von dem Comité an das Curatorium die Summe von 23,179 Thlr. Seitdem ist es durch weitere Beiträge und durch Zinsgewinn so gewachsen, dass der Rechnungsabschluss des Jahres 1879 einen Betrag von 93,008 Mk. ergeben hat.

Die Verwendung der Zinsen für die Zwecke der Stiftung ist in § 12 und 13 in der Weise bestimmt, dass so lange der Capitalbestand unter 30,000 Thlr. sei, die Zinsen von je zwei Jahren zusammen immer einer der drei Akademien allein in sechsjährigem Turnus zur Verwendung zugewiesen werden sollen, wenn aber der Capitalbestand 30,000 erreicht habe, ein dreijähriger Turnus mit den Zinsen von je einem Jahre an die Stelle eintreten solle. Nach dem eben aufgeführten Rechnungsabschlusse von 1879 ist die Aenderung des Turnus möglich geworden, natürlich kann sie aber erst nach Ablauf des bisherigen sechsjährigen Turnus zur wirklichen Ausführung kommen.

Zur Uebersicht über die Verwendung der Zinsen mag zunächst folgende Tabelle dienen.

Die Zinsen sind dabei nach § 12 des Statuts vom 1. Januar 1863 an berechnet und zwar stets in Abrundung auf 100 Thlr.

1863—4, Wien, 4500 ℳ Maassen, kirchenrechtliche Quellengeschichte.
1865—6, München, 5700 ℳ Krüger, Codex Justinianus.
1867—8, Berlin, 6000 ℳ dasselbe.
1869—70, Wien, 6900 ℳ Rockinger, Schwabenspiegel.
1871—2, München, 6900 ℳ dasselbe.



1873—4, Berlin, 6900 ℳ Thaner, kirchenrechtliche Quellen.
1875—6, Wien, 6900 ℳ Steffenhagen, Glosse z. Sachsenspiegel.
1877—8, München, 6900 ℳ Preisaufgabe (s. unten S. XX).
1879—80 Berlin.
1881, Wien.
1882, München.
1883, Berlin.

Die genauere Bestimmung der verschiedenen Arbeiten ist folgende:

1. Die Zuweisung der Wiener Akademie an Professor Maassen in Wien ist bezeichnet als: Subvention für sein auf 5 Bände berechnetes Werk über die Geschichte der Quellen und der Literatur des canonischen Rechts im Abendlande bis zum Ausgange des Mittelalters unter der Bedingung, dass der Verfasser von den zur Einsicht von Handschriften nach Paris, Brüssel und Rom zu unternehmenden Reisen der Akademie zu Wien Bericht erstatte.

2. und 3. Die Zuweisung der Münchener und Berliner Akademie an Professor Krüger (jetzt in Königsberg) ist bezeichnet als Reisestipendium zur Beschaffung des kritischen Apparates für eine neue Ausgabe des Codex Justinianus unter Erstreckung der Nachforschungen auf die Handschriften des Codex Theodosianus.

4. und 5. Die Zuweisung der Wiener und Münchener Akademie an den Archivar Professor Rockinger in München ist bestimmt „für eine auf breitester handschriftlicher Grundlage ruhende Ausgabe des kaiserlichen Land- und Lehnrechts oder des sog. Schwabenspiegels“.

6. Die Zuweisung der Berliner Akademie an den Professor Thaner in Innsbruck ist bewilligt zur Herausgabe einer Sammlung der älteren kirchenrechtlichen in den Archiven Deutschlands, Frankreichs und Italiens handschriftlich aufbewahrten Quellen, welche bei der Veränderung des Kirchenrechts durch die hierarchischen Principien Papst Gregor's VII. benutzt sind, unter dem Titel: Systematische Canones-Sammlung des Anselmus von Lucca und die auf ihn folgenden Sammlungen bis auf Gratian.

7. Die Zuweisung der Wiener Akademie an den Bibliothekar Steffenhagen in Kiel ist verwilligt „zur Herstellung einer kritischen Ausgabe der Sachsenspiegel-Glosse (Land- und

Lehnrecht) nach einem von ihm selber der Akademie vorgelegten Plane“.

8. Für die Zinsen der Jahre 1877—78 hat die Akademie von München in Gemässheit von § 16, 2 des Statuts eine Preisaufgabe zur Concurrenz ausgeschrieben, welche schon im vorigen Jahre von ihr öffentlich bekannt gemacht ist und jetzt hier auf der folgenden Seite nochmals veröffentlicht werden wird.

Dass von den No. 1—7 aufgeführten Arbeiten bis jetzt nur erst weniges im Druck veröffentlicht ist, ist bereits oben gesagt. Der Grund dafür bedarf jetzt nach der Angabe des Inhaltes derselben wohl keiner besonderen Erklärung mehr. Die gedruckten Sachen sind folgende:

1. Von No. 1 ist erschienen:
   Geschichte der Quellen und der Literatur des canonischen Rechts im Abendlande bis zum Ausgange des Mittelalters, von Fr. Maassen. 1. Bd. Graz 1870. LXX und 982 S.

2. Das Werk von No. 2 und 3 ist vollständig abgeschlossen und herausgegeben unter dem Titel:
   Codex Justinianus, recensuit Paulus Krueger. Berolini 1877. LXXX und 1186 S.

Dabei ist aber zu bemerken, dass die gesammten Resultate der Nachforschungen nach den Handschriften des Codex Theodosianus der Bestimmung der Berliner Akademie zufolge dieser zu Eigenthum übergeben sind, und bei ihr zur Benutzung für eine demnächstige neue Ausgabe des Codex Theodosianus aufbewahrt werden.

4. Von dem Werke No. 4 und 5 ist zwar noch nichts vollendet, doch sind fünf Vorarbeiten veröffentlicht unter dem Titel:
   Berichte über die Untersuchung von Handschriften des sog. Schwabenspiegels, von Ludw. Rockinger. Wien 1873—75. Zusammen 392 S.

Bekanntmachung

von der

Savigny-Stiftung.

Preisaufgabe für die Savigny-Stiftung, von der Münchener Akademie der Wissenschaften gestellt.

Die königl. bayerische Akademie der Wissenschaften, welcher vom Curatorium der Savigny-Stiftung zu Berlin die Verfügung über zwei Jahresrenten genannter Stiftung (im Betrage von 6900 M.) übertragen ist, stellt zur Preisbewerbung folgende Aufgabe:

> „die Formeln des edictum perpetuum (Hadriani) in ihrem Wortlaute und ihrem Zusammenhange.
>
> In der bekannten Arbeit Rudorff's, De iurisdictione edictum, hat sich die Restitution des prätorischen Edicts zum ersten Male dem formularen Bestandtheile desselben zugewendet. In dieser Richtung soll dieselbe nunmehr — und zwar mehr als es bisher geschehen ist — aus den Edicts-Commentaren selbst heraus und unter Kritik der bisherigen Restitutionen — gefördert und zum möglichsten Abschlusse gebracht werden".

Die Preisbewerbung, von welcher nur die ordentlichen einheimischen Mitglieder der königl. bayerischen Akademie der Wissenschaften ausgeschlossen sind, ist an keine Nationalität gebunden; doch dürfen die Bearbeitungen der Preisaufgabe nur entweder in lateinischer oder deutscher oder englischer oder französischer oder italiänischer Sprache verfasst sein.

Der unerstreckliche Einsendungstermin der Bearbeitungen, welche an die königl. bayerische Akademie der Wissenschaften zu adressiren sind und an Stelle des Namens des Verfassers ein Motto tragen müssen, welches an der Aussenseite eines mitfolgenden, den Namen des Verfassers enthaltenden, verschlossenen Couverts wiederkehrt, ist der 28. März 1882.

Der Preis beträgt 6900 Mark; derselbe wird erst dann ausgezahlt, wenn die Veröffentlichung der Preisschrift durch den Druck bewirkt ist.

Die Testamente der griechischen Philosophen.

Von **Bruns.**

Diogenes Laertius hat in seiner Geschichte der griechischen Philosophie bei mehreren der Philosophen, deren Leben er beschreibt, auch die Testamente, die sie hinterlassen haben, vollständig in ihrem ganzen Wortlaute aufgenommen und diese dadurch der Nachwelt überliefert. Es sind die Testamente von Plato, von Aristoteles und seinen Nachfolgern Theophrast, Straton und Lykon, und von Epikur. Die drei Nachfolger von Aristoteles waren nach einander die Häupter der von ihm gegründeten peripatetischen Schule. Der Inhalt der Testamente ist ein rein praktisch juristischer, sie enthalten durchaus nichts anderes, als Verfügungen über die Kinder, die Sklaven und das Vermögen der Testirer. Von philosophischen Ideen und Gedanken ist gar keine Spur darin. Dennoch gewähren sie ein mannichfaches Interesse. Sie geben zunächst durch ihre einzelnen Bestimmungen über jene Dinge des gewöhnlichen Lebens einen Blick in die häuslichen Verhältnisse der Testirer, wie man ihn lebensvoller nicht leicht sonst erlangen kann. Die Männer, die man sich sonst nur als Repräsentanten von philosophischen Ideen und fast nur wie Begriffe ohne individuelle Persönlichkeit zu denken pflegt, erscheinen hier in den Beziehungen ihres täglichen Lebens und ihrer persönlichen Verbindung mit den allgemeinen griechischen Sitten und Gewohnheiten, alle zwar einander ähnlich aber doch jeder in seiner besonderen eigenthümlichen Weise. Daran knüpfen sich eine Menge einzelner Thatsachen und Angaben, die für die Geschichte der Philosophie von Wichtigkeit sind. Namentlich aber findet man hier die Anordnungen und Stiftungen, die mehrere von ihnen für die Erhaltung und Förderung ihrer

besonderen philosophischen Schule gemacht haben, und deren Wirksamkeit zum Theil Jahrhunderte fortgedauert hat. In dieser letzteren Beziehung haben sie bei uns in der Philologie und in der Geschichte der Philosophie am meisten Beachtung gefunden und sind namentlich von Zeller in seiner Geschichte der griechischen Philosophie vielfach in Betracht gezogen.

Das juristische Interesse, das sie gewähren, beruht zunächst hauptsächlich darauf, dass sie für uns die einzigen Beispiele von wirklichen und vollständigen griechischen Testamenten enthalten, [1]) und wir uns daher nur aus ihnen über die ganze Art und Weise und die Form und den Inhalt der griechischen Testamente im Gegensatze zu den römischen ein deutliches Bild machen können. Ausserdem geben sie dann zu verschiedenen einzelnen Fragen des griechischen Rechts interessante Beiträge. Doch ist die Ausbeute in dieser letzteren Beziehung nicht so gross, als man glauben möchte. Der Inhalt ist doch im ganzen ein ziemlich gleichförmiger und auf gewisse Arten von Verhältnissen beschränkter, und das geringe Interesse, was die Griechen überhaupt für die Fragen des formellen Rechts hatten, zeigt sich auch hier darin, dass manche wichtigen Fragen des eigentlichen Rechts, über die man Aufschluss erwartet, wenig oder gar nicht berücksichtigt sind. Die juristische Bedeutung der Testamente ist darum auch bei uns im ganzen wenig beachtet, von den Philologen nicht, weil die Eigenthümlichkeit der Grundsätze des griechischen Rechts nur durch die Vergleichung mit der reichen und vollen Entwicklung der Rechtsbegriffe im römischen Rechte gehörig erkannt und gewürdigt werden kann; von den Juristen nicht, weil sie sich überhaupt mit dem griechischen Rechte wenig beschäftigen, vielmehr das alte „graeca sunt, non leguntur", hier immer noch seine Anwendung behält, und auch die Juristen, die sich mit dem griechischen Rechte beschäftigt haben, im Erbrechte vorzugsweise dem Intestaterbrechte ihre Studien zugewendet haben.

---

[1]) Doch ist auch in der Inschrift von der Insel Thera im Corpus inscr. graec. 2, 361 n. 2448 eine testamentarische Verfügung erhalten. Die von Corcyra in 2, 20 n. 1845 enthält eine Schenkung unter Lebenden.

Unter diesen Umständen schien es sich mir der Mühe zu lohnen, die Testamente, von denen sogar die Existenz nur wenigen bekannt zu sein pflegt, einmal zusammenzustellen und juristisch zu besprechen, um sie dadurch, da das Werk von Diogenes doch nur wenigen in die Hände kommt, der allgemeinen Kenntniss und Beachtung etwas näher zu legen.

Zuvor ist jedoch noch eine Frage zu besprechen, die sich einem jeden von selbst aufdrängen wird, und die eine Vorfrage für den Werth der Testamente bildet, nämlich ob denn die Ueberlieferung bei Diogenes auch wirklich zuverlässig sei, und ob man die Testamente in der That für echt halten dürfe. Bei dem hohen Alter der Testamente, liegen die Zweifel sehr nahe. Das älteste der Testamente, das von Plato († 347), ist aus der Mitte des vierten Jahrhunderts vor Chr., das jüngste, das von Lyko († 225) aus dem dritten vor Chr., Diogenes aber schrieb sein Werk im dritten Jahrhunderte nach Chr., also 4—600 Jahre später; hatte er da noch echte und zuverlässige Quellen? Die Zweifel sind namentlich gegen das Testament des Aristoteles geltend gemacht,[1]) jedoch nur aus inneren und zwar sehr ungenügenden Gründen, besonders weil das Testament nichts über die Bücher des Aristoteles und über sein Haus und seinen Garten in Athen enthalte. Diese Zweifel sind schon von Zeller[2]) zur Genüge widerlegt, und im allgemeinen sprechen für die Echtheit aller Testamente folgende Gründe.

Nimmt man zunächst die äussere Beglaubigung, so führt Diogenes allerdings nur bei Einem, dem des Strato, der 269 v. Chr. starb, seine Quelle an, indem er (5, 64) sagt: *καὶ αἷδε μέν εἰσιν αἱ φερόμεναι αὐτοῦ διαθῆκαι, καθά που συνήγαγε καὶ Ἀρίστων ὁ Κεῖος.*[3]) Dieser Aristo von Keos war der mittelbare Nachfolger von Strato, nur Lyko († 225) steht dazwischen. Er lebte also auch noch im dritten Jahrhunderte vor Chr. und konnte somit noch unmittelbare Kenntniss von den Testamenten haben; offenbar ist daher das *συν — ήγαγε*

[1]) Besonders von dem Engländer A. Grant, Aristotle. (1877) p. 26 ff.

[2]) Die Philosophie d. Griechen in ihrer gesch. Entwicklung. II, 2, 41 n. 2.

[3]) Die Handschrift hat *ὁ οἰκεῖος*. Unzweifelhaft ist dieses aber nicht mit Cobet in *ὁ Χῖος*, sondern mit Zeller (II, 2, 41 n. 2 und 925 n. 2) in *ὁ Κεῖος* zu emendiren.

so zu verstehen, dass er auch die andern Testamente, die die peripatetische Schule betrafen, zusammengebracht habe.[1]) Von den übrigen sagt Diogenes bei Aristoteles und Lykon nur: *ἐνετύχομεν ταῖς αὐτοῦ διαθήκαις,* bei Theophrast: *εὗρον αὐτοῦ διαθήκας*, bei Plato und Epikur nur: *διέθετο*. Von dem Testamente des Aristoteles haben wir aber noch weitere Nachricht. Athenäus (13, 589, c.) sagt, dass der Peripatetiker Hermippos vom Ende des dritten Jahrhunderts n. Chr. es besprochen habe,[2]) in der vita Arist. von Ammonios[3]) ist es erwähnt, und in einer anderen vita heisst es, dass die Philosophen Andronikos und Ptolemäos aus dem zweiten und dritten Jahrhunderte nach Chr. es bei den Werken des Aristoteles mit aufgeführt hätten.[4]) Von diesem Ptolemäus[5]) endlich stammt auch noch eine Ueberlieferung des Testaments, die erst neuerdings in einem arabischen Werke in arabischer Uebersetzung aufgefunden ist, und die mit dem Texte bei Diogenes zwar nicht ganz aber doch im wesentlichen übereinstimmt.[6])

Auch Epikur's Testament hat noch weitere Beglaubigung dadurch, dass nach Athenäus (7, 298 d.) die darin angeordneten Gedenkfeste noch lange nach seinem Tode gefeiert wurden, und dass Cicero[7]) eine Bestimmung daraus anführt, die zwar nicht dem Wortlaute aber doch dem Sinne nach vollständig mit dem Texte von Diogenes übereinstimmt.

Hiernach steht so viel fest, dass die Testamente bereits im dritten Jahrhunderte vor Chr. allgemein bekannt und verbreitet waren, und dass die Ueberlieferung bei Diogenes daher jedenfalls mittelbar bereits von daher stammt. Nun wäre es zwar immerhin möglich, dass die Testamente dennoch unecht und bereits in jener Zeit erdichtet und untergeschoben wären, (dergleichen Fälschungen waren ja im Alterthum gar nichts

---

[1]) Vgl. Zeller S. 3 n. 3 cit.

[2]) Zeller, II, 2, 41 n. 2; 932 n. 4.

[3]) In Cobet's Ausgabe des Diogenes im Anhange p. 10.

[4]) Zeller, II, 2, 2 n. 1; 41 n. 2.

[5]) Näheres über ihn s. bei Zeller, a. a. O. S. 54.

[6]) A. Müller, die griechischen Philosophen in der arabischen Ueberlieferung. Halle 1873. S. 11. (Aus einer Festschrift zum Jubiläum von Bernhardy.) Das Nähere darüber s. unten.

[7]) Cicero de fin. 2, 31.

seltenes) indessen ist es doch hier sehr unwahrscheinlich, aus dem einfachen Grunde, weil der Inhalt der Testamente sich zum grösseren Theile auf so ganz specielle Lebensverhältnisse der einzelnen Testirer ohne alles allgemeinere praktische oder historische Interesse für jene Zeit bezieht, dass man sich gar keinen rechten Zweck für derartige Fälschungen und Erdichtungen denken kann.

Existirte nur das eine oder andere, so könnte man allenfalls eine müssige Erfindung annehmen, allein sechs solcher Testamente ohne Zweck zu erdichten, scheint doch völlig glaublos. Natürlich könnte man dabei nur an litterarischen Betrug, nicht an rechtlich praktische Fälschungen denken. Aber dann würde man in einer geistig so bewegten Zeit, wie der damaligen, doch gewiss etwas mehr Witz und Phantasie aufgewendet und eine etwas reichere Erfindungsgabe gezeigt haben, als in diesen Testamenten hervortreten. Grade die beiden ältesten, die von Plato und Aristoteles, wären als Erfindungen so ganz unglaublich geistesarme und phantasielose Producte, dass man sich gar nicht denken kann, dass die damalige und die gleich nachfolgende Zeit sie als echt anerkannt und sorgfältig weiter überliefert hätte. Dazu kommt noch ein praktischer Grund. Das wichtigste in den Testamenten sind die Stiftungen von Gärten und Häusern für die Philosophenschulen. Solche Schulräumlichkeiten haben nun ganz unzweifelhaft bereits im dritten Jahrhunderte in Athen existirt.[1]) Dass diese aber durch gefälschte Testamente den eigentlichen Eigenthümern entzogen wären, ist fast undenkbar; hätten sie aber auf andern wirklichen Rechtsgründen beruht, so hätte man doch natürlich lieber diese angegeben als andere falsche erdichtet; ja und selbst wenn sie wirklich erdichtet wären, hätte man die Erdichtung doch natürlich jedenfalls so alt als möglich gemacht, sie also schon dem Plato und Aristoteles untergeschoben. Das ist aber nicht geschehen, vielmehr finden sie sich erst bei Theophrast, Strato und Lyko, also in einer Zeit, wo eine solche Fälschung eigentlich gar nicht mehr möglich war. Der Umstand mithin, dass sich im Testamente des Aristoteles noch keine solche Stiftung findet, ist kein

---

[1]) Vgl. C. G. Zumpt, über den Bestand der philosophischen Schulen in Athen (1843), S. 6ff.

Grund gegen seine Echtheit, wie Grant (oben S. 3 n. 1) meint, sondern spricht im Gegentheil nur sehr entschieden für dieselbe.

Nach allen diesen Gründen darf und muss man daher die Testamente unzweifelhaft als wirkliche echte historische Urkunden ansehen.

Es folgen nunmehr die Texte der Testamente in ihrem vollen Wortlaute nach der Ueberlieferung bei Diogenes in der Recension von Cobet,[1]) nur die Eintheilungen sind der Uebersichtlichkeit wegen hinzugefügt.

Nur ein Punkt ist vorher noch für alle gleichmässig zu besprechen. Man nimmt seit der Göttinger Preisschrift von Bunsen, de iure hereditario Atheniensium (1813), allgemein[2]) an, dass das griechische Testament wesentlich eine Adoption gewesen sei, und daneben nur singulare Geschenke und Vermächtnisse möglich gewesen seien. Von den sechs hier vorliegenden Testamenten ist nun aber in keinem einzigen von Adoption auch nur die allergeringste Spur. Sie enthalten zwar auch keine sonstige eigentliche Erbeinsetzung, aber doch, wenigstens die vier letzten, vollständige Verfügungen über das ganze Vermögen. Die beiden ersten, die von Plato und Aristoteles sind freilich überhaupt gar keine volle Testamente, das von Plato ist nur ein Vermögensverzeichniss mit einzelnen Verfügungen, das von Aristoteles ist hauptsächlich eine Anordnung über die Bevormundung seiner Kinder und Frau mit einigen weiteren Verfügungen. Dagegen heisst es aber im Testamente des Epikur:

δίδωμι τὰ ἐμαυτοῦ πάντα Ἀμυνομάχῳ καὶ Τιμοκράτει.

in dem des Lykon:

Τάδε διατίθεμαι περὶ τῶν κατ' ἐμαυτὸν — τὰ μὲν ἐν οἴκῳ πάντα δίδωμι Ἀστυάνακτι καὶ Λύκωνι· — τὰ δὲ ἐν ἄστει καὶ ἐν Αἰγίνῃ δίδωμι Λύκωνι.

---

[1]) Diogenis Laertii de clarorum philosophorum vitis libri X, rec. C. Gabr. Cobet. Paris 1862.

[2]) Gans, Erbrecht. 1, 383. Meier und Schömann, attischer Process S. 435—42. Wachsmuth, hellen. Alterthumskunde. 2, 176. Herrmann, griech. Privatalterthümer, § 65. Mayer, die Rechte der Israeliten, Athener und Römer. 2, 261.

in dem des Theophrast:

τὰ μὲν οἴκοι ὑπάρχοντα πάντα δίδωμι Μελάντῃ καὶ Παγκρέοντι, ἀπὸ δὲ τῶν συμβεβλημένων etc.

in dem des Strato:

τὰ μὲν οἴκοι καταλείπω πάντα Λαμπυρίωνι καὶ Ἀρκεσιλάῳ, ἀπὸ δὲ τοῦ Ἀθήνησιν ὑπάρχοντός μοι ἀργυρίου etc.

Bei Epikur heisst es also ganz allgemein *δίδωμι τὰ ἐμαυτοῦ πάντα,* und darunter hat schon Cicero einfach Ernennung von heredes verstanden;[1] bei den drei andern wird zwar unterschieden *τὰ ἐν οἴκῳ (οἴκοι) πάντα* und sonstiges Vermögen, allein so, dass auch über das letztere vollständig verfügt wird.

Offenbar kann man in diesen Verfügungen weder eine versteckte Adoption sehen noch blosse Nebenverfügungen neben der Intestatsuccession. Es ist daher die Frage, wie sie sich zu den Adoptions-Testamenten verhalten. Dass die Adoption mit den Testamenten und der Erbeinsetzung vielfach in Verbindung stand, kann nach den vielen Stellen in den Reden von Demosthenes und noch mehr Isäus, die davon sprechen, gar nicht bezweifelt werden, allein nach den vorliegenden Testamenten muss man annehmen, dass neben der Aufnahme des Erben durch Adoption in die Familie und Phratrie des Erblassers auch eine einfache Vergabung *(δίδωμι)* des ganzen Vermögens an einen Erben mit Ausschliessung der Intestatsuccession möglich gewesen und in der späteren Zeit vielleicht vorherrschend geworden ist.

Eine nähere Untersuchung des Adoptions-Testamentes würde jedoch hier zu weit führen. Es muss genügen, die Frage aufgeworfen und angeregt zu haben.

I. Testament des Plato. († 347 v. Chr.)

Plato war Bürger von Athen aus einem alten vornehmen, eupatridischen Geschlechte. Er starb 347 v. Chr. Sein Testament ist das älteste von den erhaltenen sechs, aber auch das unvollständigste von allen, gar kein eigentliches Testament, sondern mehr nur eine Aufzählung dessen, was er hinterlassen

[1] Bei seiner Relation eines Satzes aus dem Testamente in: De fin. 2, 30.

hat, mit einigen beigefügten Verfügungen. Eingeleitet ist es von Diogenes mit den Worten: *παρεπέμφθη πανδημεὶ πρὸς τῶν αὐτόθι, διαθέμενος*[1]) *τοῦτον τὸν τρόπον.* Am Schlusse ist hinzugefügt: *καὶ διέθετο*[1]) *μὲν οὕτως.* Der Wortlaut ist folgender:

Τάδε κατέλιπε Πλάτων καὶ διέθετο.[2])

(1a) *τὸ ἐν Ἰφαιστιαδῶν ⟨χωρίον,⟩ (ᾧ γείτων βορρᾶθεν ἡ ὁδὸς ἡ ἐκ τοῦ Κηφισίασιν ἱεροῦ, νότοθεν τὸ Ἡράκλειον τὸ ἐν Ἰφαιστιαδῶν, πρὸς ἡλίου δὲ ἀνιόντος Ἀρχέστρατος Φρεάρριος, πρὸς ἡλίου δὲ δυομένου Φίλιππος Χολιδεύς,) καὶ μὴ ἐξέστω τοῦτο μηδενὶ μήτε ἀποδόσθαι μήτε ἀλλάξασθαι, ἀλλ' ἔστω Ἀδειμάντου τοῦ παιδίου εἰς τὸ δυνατόν·*

(1b) *καὶ τὸ ἐν Εἰρεσιδῶν ⟨χωρίον,⟩ ὃ παρὰ Καλλιμάχου ἐπριάμην, (ᾧ γείτων βορρᾶθεν Εὐρυμέδων Μυρρινούσιος, νότοθεν δὲ Δημόστρατος Ξυπεταιών, πρὸς ἡλίου ἀνιόντος Εὐρυμέδων Μυρρινούσιος, πρὸς ἡλίου δυομένου Κηφισός·)*

(2) *ἀργυρίου μνᾶς τρεῖς·*

(3) *φιάλην ἀργυρᾶν, ἕλκουσαν ρ' ξ' ε'* (165), *κυμβίον ἄγον μ' ε'* (45), *δακτύλιον χρυσοῦν καὶ ἐνώτιον χρυσοῦν, ἄγοντα συνάμφω δ' δραχμὰς ὀβολοὺς τρεῖς·*

(4) *Εὐκλείδης ὁ λιθοτόμος ὀφείλει μοι τρεῖς μνᾶς·*

(5) *Ἄρτεμιν ἀφίημι ἐλευθέραν·*

(6) *οἰκέτας καταλείπω Τύχωνα, Βίκταν, Ἀπολλωνιάδην, Διονύσιον·*

(7) *σκεύη τὰ γεγραμμένα, ὧν ἔχει τὰ ἀντίγραφα Δημήτριος·*

(8) *ὀφείλω δ' οὐδενὶ οὐδέν·*

(9) *ἐπίτροποι δὲ Σωσθένης, Σπεύσιππος, Δημήτριος, Ἡγίας, Εὐρυμέδων, Καλλίμαχος, Θράσιππος.*

Der Inhalt ist danach im allgemeinen folgender:

Plato hat folgendes hinterlassen:

1. zwei Grundstücke, von denen das erste nicht veräussert werden darf, sondern dem Adeimantos gehören soll;

---

[1]) Die Worte *διατίθεσθαι* und *διαθήκη* sind die technisch festen Ausdrücke für testiren und Testament.

[2]) Dies gehört nicht zur Einleitung von Diogenes, sondern ist der Anfang des Testamentes selbst, ähnlich wie es in dem Testamente, das Demosthenes (*κατὰ Στεφ.* 1, 28) anführt, heisst: *Τάδε διέθετο Πασίων Ἀχαρνεύς.*

2. drei Minen Silber;

3. eine silberne Schale, einen Becher, einen goldenen Fingerring und einen Ohrring;[1])

4. der Steinhauer Euklides ist mir drei Minen schuldig;

5. die Sklavin Artemis lasse ich frei;

6. Sklaven hinterlasse ich vier;

7. das Hausgeräth, das aufgeschrieben ist, wovon Demetrius eine Abschrift hat;

8. schuldig bin ich Niemandem etwas;

9. Vormünder, *ἐπίτροποι*, sollen folgende sieben sein.

Bei der juristischen Beurtheilung des Testamentes ist zunächst zu wiederholen, dass es, wie bereits oben S. 6 und 7 bemerkt ist, überhaupt gar kein eigentliches Testament mit Erbeinsetzung oder wenigstens Gesammtverfügung über den Nachlass ist, sondern nur eine Aufzählung der einzelnen Sachen und Rechte, die Plato hinterlassen, womit einzelne Verfügungen verbunden sind. Doch erstrecken sich diese keineswegs auf alle genannten Sachen, sondern es sind nur folgende drei:

1. das Veräusserungsverbot bei dem ersten Grundstücke,

2. die Freilassung der Sklavin,

3. die Ernennung der Vormünder.

Dagegen ist bei den Sachen gar nicht bestimmt, wer sie haben soll. Auch bei den Grundstücken ist nicht verfügt, dass sie Jemand bekommen soll, etwa als Legat, sondern sie sind einfach als Vermögensstücke mit aufgeführt, nur ist bei dem ersten die Veräusserung verboten und dabei als Gegensatz hinzugefügt: *ἀλλ' ἔστω Ἀδειμάντου τοῦ παιδίου εἰς τὸ δυνατόν.* Dies bedeutet aber nicht: Adeimantos soll es bekommen, soll es jedoch nicht veräussern, sondern das Verbot bezieht sich nur auf die Vormünder; diese sollen das Grundstück nicht verkaufen, sondern es soll bei dem Adeimantos bleiben, dieses zeigen die Worte: *μὴ ἐξέστω μηδενὶ — ἀποδόσθαι ἀλλ' ἔστω Ἀδειμάντου.* Die Bestimmung beruht darauf, dass in Athen wie früher in Rom noch kein gesetzliches Veräusserungsverbot für Vormünder existirte,[2]) sondern

[1]) Ueber diesen sagt Sext. Empir. adv. math. 1, 12, 258: *Πλάτων .... ἐτέτρητο τὸ οὖς, ἐλλόβιον φορήσας, ὅτ' ἦν μειρακίσκος*, d. h. sein Ohrläppchen war durchbohrt, weil er als Kind einen Ohrring trug.

[2]) In Rom ist es erst durch den Kaiser Severus eingeführt D. 27, 9, 1.

die Veräusserung nur im einzelnen durch testamentarische Bestimmungen verboten werden konnte.

Wenn hiernach das Testament kein eigentliches Testament ist, so muss man annehmen, dass, abgesehen von den drei genannten Verfügungen, einfach die volle Intestatsuccession gelassen ist.

Wer der Intestaterbe sei, ist zwar auch nicht gesagt, doch ist bei dem Veräusserungsverbote offenbar vorausgesetzt, dass es der Adeimantos sei.

Wer das *παιδίον Ἀδείμαντος* war, lässt sich aus Diogenes (3, 4) vermuthen, da er sagt, Plato habe zwei Brüder, Adeimantos und Glaukon, gehabt, und eine Schwester Potone, die Mutter des Speusippos. Danach ist anzunehmen, dass das Kind Adeimantos der Sohn oder Enkel eines der Brüder war. Natürlich muss man dann weiter annehmen, dass der andere bereits ohne Kinder verstorben war, denn sonst hätte er nothwendig ab intestato Miterbe sein müssen.

Im Uebrigen sind nur noch folgende einzelne Punkte hervorzuheben:

1. das Veräusserungsverbot ist seinem Wortlaute nach auf das erste Grundstück beschränkt. Ueber das zweite ist gar nichts bestimmt. Man hält es vielfach für den Garten neben der Akademie, der später der Sitz der akademischen Schule war, den Plutarch[1]) als *χωρίδιον οἰκητήριον Πλάτωνος* bezeichnet und Cicero[2]) als „Platonis hortuli academiae propinqui.“[3]) Indessen würde der Garten, da Plato nichts über ihn bestimmt, zunächst jedenfalls mit an den Erben Adeimantos gefallen sein, nur ohne Veräusserungsverbot. Wann und wie er dann weiter an die Schule gekommen ist, muss dahingestellt bleiben.

2. Sehr einfach ist das Schuldenwesen behandelt: „Euklides schuldet mir 3 Minen, ich schulde Niemanden etwas;“ das ist alles. Natürlich sind das nur factische Angaben ohne rechtliche Bedeutung.

3. Bei der Freilassung ist die Form *ἀφίημι ἐλευθέραν* die gewöhnliche, die auch in den anderen Testamenten angewendet ist.

---

[1]) De exilio 10.

[2]) De finibus, 5, 1.

[3]) Vgl. Zumpt, philos. Schulen in Athen p. 8—10.

4. Die Zahl der Vormünder erscheint auffallend gross. In den anderen Testamenten kommt sie nicht vor. Bei Aristoteles ist nur 1 *ἐπίτροπος* aber mit 5 *ἐπιμεληταί*, d. h. Testamentsvollstreckern, bei den anderen sind nur *ἐπιμεληταί*, aber auch 7 und 9. In der Rede des Demosthenes *κατὰ Ἀφόβου* kommen 3 *ἐπίτροποι* vor. Eine weitere Erklärung giebt es nicht.

Hervorzuheben ist, dass die Ernennung nicht wie bei der römischen „tutoris datio" ein förmliches Testament erfordert, sondern dass die griechische Formlosigkeit auch hier herrscht.

II. **Testament des Aristoteles.** († 322 v. Chr.)

Dieses ist uns, wie schon oben bemerkt ist, ausser dem Berichte von Diogenes noch in einer arabischen Uebersetzung erhalten, deren Urtext in dem arabischen Werke von einem Ptolemäos, der „der Fremde" genannt ist, abgeleitet wird, aber ohne alle näheren Angaben. [1]) Dass darunter der Philosoph Ptolemäos aus dem zweiten Jahrhundert nach Chr. zu verstehen ist, ist bereits oben gesagt. Der Text ist keine wörtliche Uebersetzung des Textes von Diogenes, sondern eine zum Theil ziemlich freie Paraphrase desselben, doch stimmt er in der Sache im ganzen mit Diogenes überein, nur hat er einige auffallende Abweichungen und der ganze Schluss fehlt. Zur Vergleichung füge ich ihn dem griechischen Texte bei.

Diogenes leitet seinen Bericht (5, 11) mit den Worten ein: *Ἡμεῖς δὲ καὶ διαθήκαις αὐτοῦ περιετύχομεν, οὕτω πως ἐχούσαις*, und fügt am Schlusse hinzu: *τοῦτον ἴσχουσιν αὐτῷ αἱ διαθῆκαι τὸν τρόπον.* Der Wortlaut ist folgender:

Ἔσται μὲν εὖ· ἐὰν δέ τι συμβαίνῃ, τάδε διέθετο Ἀριστοτέλης· [2])

(1a) *ἐπίτροπον μὲν εἶναι πάντων καὶ διὰ παντὸς Ἀντίπατρον· ἕως δ' ἂν Νικάνωρ καταλάβῃ, ἐπιμελεῖσθαι Ἀριστομένην, Τίμαρχον, Ἵππαρχον, Διοτέλην, Θεόφραστον, ἐὰν βούληται καὶ ἐνδέχηται αὐτῷ, τῶν τε παιδίων καὶ Ἑρπυλλίδος καὶ τῶν καταλελειμμένων.*

---

[1]) S. die Schrift von Müller, die oben S. 4 n. 6 citirt ist, S. 9. 11. 28.

[2]) Diese Eingangsformel findet sich auch im Testament des Theophrast.

(1b) *καὶ ὅταν ὥρα ᾖ τῇ παιδί, ἐκδίδοσθαι αὐτὴν Νικάνορι· ἐὰν δὲ τῇ παιδὶ συμβῇ τι (ὃ μὴ γένοιτο, οὐδὲ ἔσται) πρὸ τοῦ γήμασθαι, ἢ ἐπειδὰν γήμηται, μήπω παιδίων ὄντων, Νικάνωρ κύριος ἔστω καὶ περὶ τοῦ παιδίου καὶ περὶ τῶν ἄλλων διοικεῖν ἀξίως καὶ αὑτοῦ καὶ ἡμῶν· ἐπιμελείσθω δὲ Νικάνωρ καὶ τῆς παιδὸς καὶ τοῦ παιδὸς Νικομάχου, ὅπως ἂν ἀξιοῖ τὰ περὶ αὐτῶν, ὡς καὶ πατὴρ ὢν καὶ ἀδελφός·*

(c) *ἐὰν δέ τι πρότερον συμβῇ Νικάνορι, ὃ μὴ γένοιτο, ἢ πρὸ τοῦ λαβεῖν τὴν παῖδα, ἢ ἐπειδὰν λάβῃ, μήπω παιδίων ὄντων, ἐὰν μέν τι ἐκεῖνος τάξῃ, ταῦτα κύρια ἔστω.*

(d) *ἐὰν δὲ βούληται Θεόφραστος εἶναι μετὰ τῆς παιδὸς, καθάπερ πρὸς Νικάνορα· εἰ δὲ μή, τοὺς ἐπιτρόπους βουλευομένους μετ' Ἀντιπάτρου καὶ περὶ τῆς παιδὸς καὶ περὶ τοῦ παιδίου διοικεῖν ὅπως ἂν αὐτοῖς δοκῇ ἄριστα εἶναι.*

(e) *ἐπιμελεῖσθαι δὲ τοὺς ἐπιτρόπους καὶ Νικάνορα, μνησθέντας ἐμοῦ, καὶ Ἑρπυλλίδος, ὅτι σπουδαία περὶ ἐμὲ ἐγένετο, τῶν τε ἄλλων, καὶ ἐὰν βούληται ἄνδρα λαμβάνειν, ὅπως μὴ ἀναξίῳ ἡμῶν δοθῇ· δοῦναι δ' αὐτῇ πρὸς τοῖς πρότερον δεδομένοις καὶ ἀργυρίου τάλαντον ἐκ τῶν καταλελειμμένων, καὶ θεραπαίνας τρεῖς, ἐὰν βούληται, καὶ τὴν παιδίσκην ἣν ἔχει, καὶ παῖδα τὸν Πυρραῖον· καὶ ἐὰν μὲν ἐν Χαλκίδι βούληται οἰκεῖν, τὸν ξενῶνα τὸν πρὸς τῷ κήπῳ· ἐὰν δὲ ἐν Σταγείροις, τὴν πατρῴαν οἰκίαν· ὁποτέραν δ' ἂν τούτων βούληται, κατασκευάσαι τοὺς ἐπιτρόπους σκεύεσιν οἷς ἂν δοκῇ κἀκείνοις καλῶς ἔχειν, καὶ Ἑρπυλλίδι ἱκανῶς.*

(2a) *Ἐπιμελείσθω δὲ Νικάνωρ καὶ Μύρμηκος τοῦ παιδίου, ὅπως ἂν ἀξίως ἡμῶν τοῖς ἰδίοις ἐπικομισθῇ, σὺν τοῖς ὑπάρχουσιν ἃ εἰλήφαμεν αὐτοῦ·*

(b) *εἶναι δὲ καὶ Ἀμβρακίδα ἐλευθέραν, καὶ δοῦναι αὐτῇ, ὅταν ἡ παῖς ἐκδοθῇ, πεντακοσίας δραχμὰς καὶ τὴν παιδίσκην ἣν ἔχει·*

(c) *δοῦναι δὲ καὶ Θαλῇ πρὸς τῇ παιδίσκῃ ἣν ἔχει τῇ ὠνηθείσῃ χιλίας δραχμὰς καὶ παιδίσκην·*

(d) *καὶ Σίμωνι χωρὶς τοῦ πρότερον ἀργυρίου αὐτῷ δοθέντος εἰς παῖδ' ἄλλον, ἢ παῖδα πρίασθαι ἢ ἀργύριον ἐπιδοῦναι·*

(e) *Τύχωνα δὲ ἐλεύθερον εἶναι, ὅταν ἡ παῖς ἐκδοθῇ, καὶ Φίλωνα καὶ Ὀλύμπιον, καὶ τὸ παιδίον αὐτοῦ·*

(f) *μὴ πωλεῖν δὲ τῶν παίδων μηδένα τῶν ἐμὲ θεραπευόντων, ἀλλὰ χρῆσθαι αὐτοῖς. ὅταν δ' ἐν ἡλικίᾳ γένωνται, ἐλευθέρους ἀφεῖναι κατ' ἀξίαν.*

(3a) *Ἐπιμελεῖσθαι δὲ καὶ τῶν ἐκδεδομένων εἰκόνων παρὰ Γρυλλίωνα, ὅπως ἐπιτελεσθεῖσαι ἀνατεθῶσιν, ἥ τε Νικάνορος καὶ ἡ Προξένου, ἣν διενοούμην ἐκδοῦναι, καὶ ἡ τῆς μητρὸς τῆς Νικάνορος· καὶ τὴν Ἀριμνήστου τὴν πεποιημένην ἀναθεῖναι, ὅπως μνημεῖον αὐτοῦ ᾖ, ἐπειδὴ ἄπαις ἐτελεύτησε·*

(b) *καὶ τὴν τῆς μητρὸς τῆς ἡμετέρας τῇ Δήμητρι ἀναθεῖναι εἰς Νεμέαν, ἢ ὅπου ἂν δοκῇ·*

(c) *ὅπου δ' ἂν ποιῶνται τὴν ταφήν, ἐνταῦθα καὶ τὰ Πυθιάδος ὀστᾶ ἀνελόντας θεῖναι, ὥσπερ αὐτὴ προσέταξεν.*

(d) *ἀναθεῖναι δὲ καὶ Νικάνορα σωθέντα, ἣν εὐχὴν ὑπὲρ αὐτοῦ ηὐξάμην, ζῷα λίθινα τετραπήχη Διῒ σωτῆρι καὶ Ἀθηνᾷ σωτείρᾳ ἐν Σταγείροις.*

Der arabische Text hat in der deutschen Uebersetzung von Müller folgenden Wortlaut:

(1a) „Ich mache zu meinem beständigen Curator für alles, was ich hinterlasse, den Antipatros, und bis Nikanor mündig wird, sollen Aristomenes und Timarchos und Hipparchos und Dioteles dafür sorgen, dass geachtet werde auf das, worauf zu achten nöthig ist, und dass gesorgt werde, wofür gesorgt werden muss, in Betreff der Leute meines Hauses und der Herpyllis meiner Dienerin und meiner übrigen Mädchen und Sklaven und in Betreff dessen, was ich hinterlasse; und wenn es dem Theophrastos passt und ihm möglich ist, ihnen darin beizustehen, so mag er sich ihnen zugesellen.

(b) Wenn aber meine Tochter mannbar ist, soll Nikanor ihr Vermögen verwalten; wenn sie aber sterben sollte, bevor sie sich verheirathet, oder danach ohne Kinder zu haben, so soll dem Nikanor das Verfahren in Betreff meines Sohnes Nikomachos anheim gestellt werden, und ich schreibe ihm in Bezug darauf vor, in seinem Thun so zu verfahren, wie es wünschenswerth ist und es ihm passt.

(c) Für den Fall aber, dass Nikanor vor der Verheirathung meiner Tochter sterben sollte, oder nach ihrer Verheirathung ohne dass sie Kinder hat, soll Nikanor über das, was ich hinterlasse, testiren und sein Testament gültig und bindend sein.

(d) Wenn aber Nikanor ohne Testament stirbt, und es dem Theophrastos recht ist und er es gerne sieht, an seine Stelle zu treten rücksichtlich meiner Kinder und dessen, was ich sonst hinterlasse, so soll das geschehen; wenn er dies aber nicht gerne sieht, so mögen die Curatoren, welche ich oben genannt habe, zum Antipatros sich begeben und mögen mit ihm darüber berathen, wie sie in Betreff meiner Hinterlassenschaft verfahren wollen, und mögen in der Weise handeln, wie sie sich geeinigt haben.

(e) Es mögen sich aber meiner erinnern die Curatoren und Nikanor in Betreff der Herpyllis; denn sie hat dies um mich verdient nach dem, was ich von ihrer Sorglichkeit in meinem Dienste und von ihrem Eifer in Bezug auf das, was mir Freude zu machen geeignet war, gesehen habe; und sie mögen ihr alles besorgen, dessen sie bedarf; wenn sie aber sich gern verheirathen will, so soll sie nur einem tüchtigen Manne gegeben werden, auch soll ihr an Gelde ausser dem, was sie hat, ein Talent gegeben werden und von den Mägden drei, welche sie will, zu den Mädchen, welche sie hat und zu ihrem Knaben; und wenn sie sich gern in Chalkis aufhalten will, so soll sie ihren Aufenthalt in meinem Hause in der Fremdenwohnung nehmen, welche nach dem Garten zu liegt; wenn sie aber gern in der Stadt Stagira sich aufhalten will, so mag sie in der Wohnung meiner Väter sich aufhalten; welche Wohnung sie aber sich wählt, in dieselbe sollen die Curatoren ihr schaffen lassen, wovon sie sagt, dass sie seiner bedarf.

(2a) Was nun meine Frau und Kinder angeht, so ist es nicht nöthig, dass ich sie (?) noch besonders beauftrage, über sie zu wachen und ihre Angelegenheiten zu besorgen; ausserdem aber soll Nikanor auch für den Knaben Myrmex sorgen, dass er ihn in seine Heimath zurückbefördere und mit ihm seine ganze Habe in dem Zustande, wie es wünschenswerth ist;

(b) und meine Dienerin Ambrakis soll freigelassen werden; wenn sie aber nach der Freilassung fortfährt, meiner Tochter zu dienen, bis sie sich verheirathet, sollen ihr 500 Drachmen und ihr Mädchen gegeben werden;

(c) und dem Thales soll ausser dem Mädchen, welches wir kürzlich gekauft haben, ein Knabe aus der Anzahl unserer Sklaven und 1000 Dr. gegeben werden;

(d) und dem Simos soll der Preis eines Sklaven gegeben werden, den er sich kaufen mag zu dem Knaben, dessen Preis ihm schon gegeben ist, und ausserdem soll ihm gegeben werden, was die Curatoren für recht ansehen werden.

(e) Wenn sich aber meine Tochter verheirathet, so sollen meine Knaben Tychon und Philon und Olympios freigelassen werden;

(f) auch soll der Sohn des Olympios nicht verkauft werden, und auch von denen meiner Knaben, welche mich bedient haben, soll keiner verkauft werden, sondern sie sollen im Dienste verharren, bis sie das Ziel der Männer erreichen; wenn sie es aber erreicht haben, sollen sie freigelassen werden und an ihnen rücksichtlich dessen, was ihnen gegeben wird, gethan werden nach dem, was sie verdienen, so Gott der höchste will."

Das Testament des Aristoteles ist, wie man sieht, bedeutend vollständiger und inhaltsreicher, wie das des Plato, aber doch auch noch sehr mangelhaft. Eine allgemeine Verfügung über das Vermögen ist auch in ihm nicht ausgesprochen, sondern es enthält, abgesehen von der Ernennung eines *ἐπιτροπος* und mehrerer *ἐπιμεληταί*, nur drei Arten von Verfügungen:

1. Bestimmungen über seine Kinder Pythias und Nikomachus und über seine Frau oder Concubine Herpyllis;
2. mehrer kleine Legate und Freilassungen von Sklaven;
3. Anordnungen über die Aufstellung verschiedener Bildsäulen.

1. Die Bestimmungen der ersten Art bieten mehrfache Schwierigkeiten. Zunächst muss man fragen, nach welchem Rechte sie überhaupt zu beurtheilen sind. Aristoteles[1])

[1]) Eine genaue Darstellung seines Lebenslaufes s. Zeller a. a. O. II, 2, 1—50.

war in Stagira in Macedonien, einer Kolonie von Chalkis auf Euböa, im J. 384 v. Chr. geboren, lebte von 366—346 in Athen, von 346—334 an verschiedenen Orten, namentlich seit 342 in Macedonien, darauf 334—323 wieder in Athen, musste aber von dort fliehen und ging nach Chalkis, wo er 322 starb. In Stagira und Chalkis hatte er Grundbesitz, Häuser und Gärten, und in Stagira soll er auch begraben sein.[1]) Ob er auch in Athen das Bürgerrecht und Grundbesitz hatte, wissen wir nicht. Hiernach ist sein eigentliches Heimathrecht ungewiss. Indessen war Stagira eine Kolonie von Chalkis, und Chalkis soll eine Kolonie von Athen gewesen sein, jedenfalls war Euböa wenigstens hauptsächlich von Ioniern bewohnt. Man kann daher wohl jedenfalls eine grössere oder geringere Aehnlichkeit des Rechtes von Stagira und Chalkis mit dem von Athen annehmen; ob aber die speciellen Gesetze von Solon, die hier in Betracht kommen, als solche auch in Chalkis und Stagira gegolten haben, bleibt doch immer zweifelhaft.

Aristoteles war nun früher mit der Schwester oder Nichte seines Freundes Hermias, Herrschers von Acharneus bei Pergamus, verheirathet und hatte von ihr eine Tochter, die wie ihre Mutter Pythias hiess. Schon als Kind wurde diese von Aristoteles dem Sohne seines Freundes Proxenos, dem Nikanor, zur Frau bestimmt. Später verband sich Aristoteles mit einem Mädchen aus seinem Heimathsorte Stagira, der Herpyllis, die ihm einen Sohn, Nikomachos, gebar. Ob diese Verbindung aber Ehe oder Concubinat war, und Nikomachos daher legitim und erbfähig oder *νόθος* war, wovon die Beurtheilung des Testaments hauptsächlich abhängt, ist sehr zweifelhaft. Die Angaben der Alten sind darüber verschieden. Der Philosoph Aristokles aus dem zweiten Jahrhundert v. Chr. sagt: *ἔγημε τὴν Ἑρπυλλίδα,* dagegen nennen Diogenes und der anonyme Biograph des Aristoteles sie *παλλακή*, Athenäus *ἑταῖρα*, Proclus *θεράπαινα.*[2]) Dazu kommt jetzt das arabische Testament. Während es in dem griechischen nur heisst, die Curatoren sollten

[1]) Zeller, S. 41 n. 1.

[2]) S. die Stellen bei Zeller S. 21 n. 2.

sorgen *τῶν τε παιδίων καὶ Ἑρπυλλίδος καὶ τῶν καταλελειμμένων*, ist in dem arabischen gesagt: „in Betreff der Leute meines Hauses und der Herpyllis meiner Dienerin und meiner übrigen Mädchen und Sklaven und dessen, was ich hinterlasse“; und ähnlich ist später bei dem Legate an die Herpyllis, wo der griechische Text nur sagt: *Ἑρπύλλιδος ὅτι σπουδαία περὶ ἐμὲ ἐγένετο*, im arabischen gesetzt: „in Betreff der Herpyllis, denn sie hat dies um mich verdient nach dem, was ich von ihrer Sorglichkeit in meinem Dienste und von ihrem Eifer in Bezug auf das, was mir Freude zu machen geeignet war, gesehen habe.“ Doch scheinen diese Angaben allerdings mehr den Charakter von Zusätzen und willkürlichen Paraphrasen des Urtextes zu haben,[1]) auch kommen weiter unten (2a) die Worte: „was nun meine Frau und Kinder angeht“. Dass über Aristoteles durch seine Gegner, besonders den Timaios, eine Menge Verleumdungen verbreitet waren, ist ausser Zweifel, nur war die Verbindung mit einer *παλλακή* bei den Griechen überhaupt wohl kein grosser Vorwurf. Eine eigentliche Entscheidung der Frage ist freilich nicht möglich, namentlich da auch das Testament keinen festen Anhalt giebt. Für die Ehelichkeit spricht darin, dass die beiden Kinder so ganz gleich behandelt werden, indem die Vormünder angewiesen werden, zu sorgen: *τῶν παιδίων καὶ Ἑρπυλλίδος*, ebenso Nikanor: *καὶ τῆς παιδὸς καὶ τοῦ παιδὸς Νικομάχου*, und eventuell sogar auch Antipater: *καὶ περὶ τῆς παιδὸς καὶ περὶ τοῦ παιδίου*, und dass der Herpyllis, wenn sie will, die *πατρῴα οἰκία* in Stagira zur Wohnung gegeben werden soll. Bedenklicher ist die Angabe des Grundes dafür: *ὅτι σπουδαία περὶ ἐμὲ ἐγένετο*, was mehr auf eine Dienerin als eine Ehefrau zu passen scheint, und dass es heisst: *ἐὰν βούληται ἄνδρα λαμβάνειν, ὅπως μὴ ἀναξίῳ ἡμῶν δοθῇ*. Dies klingt für die Wiederverheirathung einer Wittwe wenigstens nach unserm Gefühl etwas fremdartig. Indessen frägt es sich, wie weit wir unsere Gefühlsweise hier geltend machen dürfen, namentlich wenn man bedenkt, dass die Herpyllis jedenfalls sehr viel jünger gewesen sein muss als Aristoteles (da ihr Sohn noch Kind war) und dass sie aus niedriger und ärmlicher Familie gewesen zu sein scheint.

[1]) Zeller S. 43—50.

Je nachdem man nun aber eine Ehe annimmt oder nicht, gestaltet sich die rechtliche Beurtheilung des Testamentes sehr verschieden. Wenn der Nikomachus legitimer Sohn war, so war er von selbst der gesetzliche Erbe, und dann war nach attischem Rechte ein eigentliches Testament mit Einsetzung eines Erben oder auch nur einer Gesammtverfügung über das Vermögen gar nicht möglich, sondern nur einzelne Geschenke oder Legate. Die eigentliche Testirfreiheit war in einem Gesetze von Solon ausdrücklich nur für den Fall eingeführt: *εἰ μὴ παῖδες ὦσι γνήσιοι ἄρρενες.*[1]) Dann würde sich daraus der beschränkte Inhalt des Testamentes einfach erklären, namentlich auch, dass über die beiden Häuser in Stagira und Chalkis, die der Herpyllis zur Wohnung angeboten werden, in Betreff des Eigenthums nichts bestimmt ist, und dass dem Nikomachus selber gar nichts vom Vermögen zugewendet ist, sondern nur für seine Bevormundung Bestimmungen getroffen werden. Dieses letztere wäre nach römischem Rechte bei unehelichen Kindern gradezu ungültig, und dass das griechische Recht dem Vater über seine unehelichen Kinder ein grösseres Recht gegeben hätte, ist bei ihrer sonstigen vollständigen Ausschliessung von der Familie[2]) sehr unwahrscheinlich.

Weitere Schwierigkeiten enständen, wenn Nikomachus unehelicher Sohn gewesen wäre, daraus, dass er dann ein gesetzliches Erbrecht gegen den Vater gar nicht gehabt hätte, sondern nur ein Recht auf eine sog. *νοθεία* von höchstens 1000 Drachmen.[3]) Dann wäre die Pythias eine sog. Erbtochter *(ἐπίκληρος)* gewesen. Diese hatten aber kein selbständiges Erbrecht gegen ihren Vater, sondern der nächste Verwandte hatte nur das Recht und sogar die Pflicht, sie mit der Erbschaft zu heirathen, um das Vermögen in der Familie zu erhalten. Der Vater konnte dies nur dadurch verhindern, dass er einen Sohn adoptirte oder mit Adoption zum Erben einsetzte und ihm

---

[1]) Demosthenes c. Steph. 13. 14 (p. 1133).

[2]) *νόθῳ μὴ εἶναι ἀγχιστείαν μήθ' ἱερῶν μήθ' ὁσίων.* Demosth. pro Macart. § 51 p. 1067. Vgl. P. v. d. Es, de iure familiarum ap. Athen. 1864 p. 69—78. Gans Erbrecht 1, 313.

[3]) Bunsen, de iure heredit. Att. p. 60. Herrmann, gr. Staatsalterthümer § 118.

zugleich die Tochter zur Frau bestimmte, damit auf diese Weise das Vermögen in der Familie erhalten wurde.[1]) Nun enthält aber das Testament (wenigstens das griechische, das arabische nicht) zwar die Bestimmung, dass die Pythias dem Nikanor zur Frau gegeben werden soll, allein von Adoption und Erbeinsetzung ist dabei durchaus keine Rede. Allerdings heisst es in der Vita Arist. von Ammonius,[2]) dass Aristoteles schon bei seinen Lebzeiten den Nikanor adoptirt habe; indessen ist das nirgend weiter bestätigt, und es wäre im höchsten Grade auffallend, dass Aristoteles dieses Verhältniss in dem Testamente gar nicht erwähnt hätte, da er doch sonst bei den Bestimmungen über die Familie nicht gerade wortkarg ist. Die Worte, dass Nikanor für die Kinder sorgen soll, *ὡς καὶ πατὴρ ὢν καὶ ἀδελφός* können nicht auf die Adoption bezogen werden, denn sie können nicht juristisch bedeuten: „da er Vater und Bruder ist," was unmöglich ist, sondern nur moralisch: „wie wenn er Vater und Bruder wäre."

Nach alle diesem bleibt das Verhältniss allerdings immer zweifelhaft, doch scheint die grössere Wahrscheinlichkeit für die Ehelichkeit des Nikomachus zu sprechen, sofern man das ganze Verhältniss überhaupt nach attischem Rechte beurtheilen darf.

Die einzelnen Bestimmungen des Testamentes über die Herpyllis und die Kinder sind nun folgende:

a) Zuerst wird Antipater, der berühmte Feldherr Alexanders d. Gr., zum *ἐπίτροπος πάντων καὶ διὰ παντός* ernannt, und daneben werden fünf *ἐπιμεληταί* eingesetzt zur Sorge für die Kinder, Herpyllis und den Nachlass. Dabei heisst es: *ἕως ἂν Νικάνωρ καταλάβῃ*. Der Araber übersetzt dies „bis Nicanor mündig wird", und ebenso Cobet: „quoad adolescat". Allein dies kann *καταλάβῃ* nicht bedeuten, sondern in Verbindung mit dem *ἐπιμελεῖσθαι* nur: „bis er es übernehmen kann". Schon Casaubonus hat es daher auf die Rückkehr von einer Reise oder Genesung von einer Krankheit bezogen. Dass Nikanor damals in irgend einer Gefahr war, zeigt der Schluss des Testaments, wo Aristoteles sagt, dass er ein Gelübde für ihn gemacht habe, und bestimmt:

---

[1]) Vgl. Gans, Erbrecht 1, 338—40. Herrmann, Privat-Alterth. § 64 n. 10.

[2]) Bei Cobet, 2, 10.

Νικάνορα σωθέντα ἀναθεῖναι ζῷα Διὶ σωτῆρι καὶ Ἀθηνᾷ σωτείρᾳ. Zeller (S. 5 u. 6) nimmt an, dass es eine Reise an das Hoflager Alexanders d. Gr. gewesen sei.

b) Die Tochter soll, wenn sie erwachsen ist, dem Nikanor zur Frau gegeben werden (*ἐκδόσθαι*); wenn sie aber früher stirbt oder nachher ohne Kinder, soll Nikanor *κύριος,* d. h. Vormund, sein über den Sohn und über das Vermögen. Er soll aber überhaupt für die Kinder sorgen *ὡς καὶ πατὴρ ὢν καὶ ἀδελφός,* d. h., wie schon oben begründet ist, wie wenn er Vater und Bruder wäre. Sehr auffallend ist, dass der Araber gar nicht von Verheirathung der Tochter spricht, sondern nur sagt, dass Nikanor ihr Vermögen verwalten soll. Er scheint das Wort *ἐκδόσθαι* falsch verstanden zu haben.

c) Wenn Nikanor vor der Ehe stirbt oder nachher ohne Kinder, so soll, wenn er eine Verfügung trifft, diese gelten (*ἐάν τι τάξῃ, ταῦτα κύρια ἔστω*). Dies ist sehr auffallend! Es kann nur bedeuten, dass was er über die Vormundschaft bestimmt, gelten soll. Der Araber sagt aber: „Nikanor soll über das, was ich hinterlasse, testiren und sein Testament giltig und bindend sein". Dies hätte für einen Vormund neben den Kindern gar keinen Sinn, und wenn man die Adoption des Nikanor voraussetzen wollte, so stände dann der Satz entgegen, dass Adoptivsöhne nicht testiren konnten, weil sie sonst das Vermögen aus der Familie hätten bringen können.[1] Man wird daher auch hier den griechischen Text vorziehen müssen.

d) Hierauf folgt ein vielleicht lückenhafter Satz: *ἐὰν δὲ βούληται Θεόφραστος εἶναι μετὰ τῆς παιδός, καθάπερ πρὸς Νικάνορα.* Dieses *εἶναι μετά* scheint die Ehe zu bedeuten,[2] und bei dem *καθάπερ* wäre zu ergänzen „dann soll dasselbe gelten". Der Araber scheint aber einen weiteren Text gehabt zu haben, indem er sagt: „wenn aber Nikanor ohne Testament stirbt, und es dem Theophrast recht ist, an seine Stelle zu treten rücksichtlich meiner Kinder und dessen was ich sonst hinterlasse, so soll das geschehen". Durch diese Verbindung

[1]) Gans, Erbrecht 1, 384—5. Herrmann, Privatalterth. S. 65 n. 20. 21.

[2]) Dieses nimmt auch Zeller an, S. 807 n. 2; 809 n. 1.

der beiden Kinder und des Vermögens bekommt der Satz eine Beziehung auf die Gesammtheit der vorausgehenden Bestimmungen, also auf die ganze Vormundschaft, und dazu passt eigentlich der folgende Gegensatz besser, wenn es heisst: „wenn Theophrast nicht wolle, so sollen die Vormünder mit Antipater berathen und beschliessen, was in Betreff sowohl der Tochter als des Sohnes das beste zu sein scheine". Dazu bildet die blosse Ehe der Tochter keinen genügenden Vordersatz.

e) Die Vormünder und Nikanor sollen auch für die Herpyllis sorgen, namentlich dafür dass, wenn sie etwa einen Mann nehmen will, sie keinem unwürdigen gegeben werde, auch sollen sie ihr eine Aussteuer von 1 Talent Silber aus dem Nachlasse geben, 3 Dienerinnen und 2 Sklavenkinder; ausserdem sollen sie ihr, wenn sie in Chalkis wohnen will, dort Haus und Garten geben, wenn in Stagira, das väterliche Haus, in beiden Fällen mit der nöthigen Hauseinrichtung.

2. Hierauf folgen durcheinandergemischt Legate und Freilassungen von Sklaven, wobei wir die näheren Umstände nicht kennen.

a) Nikanor soll für den Knaben Myrmex sorgen, damit er den Seinigen auf würdige Weise zugeführt werde, oder, wie der Araber sagt, in seine Heimath zurück befördert werde, nebst dem Vermögen, was er, Aristoteles, von ihm bekommen habe.

b) Die Sklavin Ambrakis soll, wenn die Tochter Pythias heirathet, frei werden und 500 Dr. bekommen nebst dem Sklavenkinde, das sie hat.

c) Dem Thales sollen zu dem gekauften Sklavenmädchen, das er hat, noch 1000 Dr. und ein Sklavenmädchen gegeben werden.

d) Dem Simon soll zu dem Gelde, was er schon früher zum Ankaufe eines Sklaven bekommen, entweder noch ein Sklave gekauft oder das Geld dazu gegeben werden.

e) Der Sklave Tycho soll frei werden, wenn die Tochter Pythias heirathet, und ebenso Philo und Olympios mit seinem Sohne.

f) Die Sklavenkinder, die ihn, Aristoteles, bedient haben, sollen nicht verkauft, sondern im Gebrauche behalten werden; wenn sie aber die Mündigkeit erreicht haben, sollen sie nach Verdienst frei gelassen werden.

3. Hierauf kommt eine Reihe von Bestimmungen über Anfertigung und Aufstellung von Bildsäulen. Im arabischen Texte sind diese sämmtlich weggelassen, wahrscheinlich wegen des muhamedanischen Verbotes der Plastik von Menschen. Es sind folgende:

a) Die des Nikanor und seiner beiden Aeltern, und eines Arimnestus, zu seinem Gedächtniss, da er kinderlos gestorben sei.

b) Die von Aristoteles' Mutter soll der Demeter in Nemea gesetzt werden, oder wo es sonst passend scheine.

c) In das Grabmal, das für ihn selber gemacht werde, sollen auch die Gebeine seiner ersten Frau ihrer Anordnung gemäss gebracht werden.

d) Nikanor soll, wenn er gerettet wird, das Gelübde, das Aristoteles für ihn gemacht, erfüllen, nämlich dem Zeus Soter und der Athene Soter Bildsäulen in Stagira aufzustellen. Die Bildsäulen sind dabei *ζῷα λίϑινα* genannt. Man hat darunter vielfach Thierbilder verstanden und es als eine Nachahmung des Sokratischen Opfers für Asklepios in Platons Phädon aufgefasst.[1]) Indessen wird das wort *ζῷον* ebensowohl für menschliche als thierische Figuren gebraucht, auch würde, da die *ζῷα τετραπήχη,* d. h. 4 Ellen hoch, sein sollen, das doch ein ganz sonderbares Weihgeschenk sein, zumal gar nicht gesagt ist, was für *ζῷα* es sein sollen. Allerdings bleibt dieser Zweifel auch, wenn man Menschenbilder annimmt, allein man hätte hier doch nur die Wahl unter den genannten Personen, oder könnte man vielleicht noch passender an die betreffenden Götterbilder denken.[2])

Schliesslich sind noch folgende Punkte zu berühren.

1. Im Anfange des Testaments heisst es: *ἐπίτροπον εἶναι πάντων καὶ διὰ παντὸς Ἀντίπατρον.* Unter diesem Antipater kann nur der berühmte Feldherr Alexanders d. Gr., der nach dessen Tode Macedonien verwaltete, verstanden sein, mit dem Aristoteles in freundschaftlicher Verbindung stand.[3])

---

[1]) Zeller, S. 41 n. 2 a. E.

[2]) So in der Inschrift von Thera: *ἀγαγόντος τὰ ζῷα καὶ τοὺς ἀνδριάντας ἑαυτοῦ καὶ Κρατησιλόχου*, wo Böckh sagt: „*ζῷα* sunt anaglypta, quae Musas repraesentasse videntur".

[3]) Zeller S. 37. 41 n, 2 a. E.

Die fünf *ἐπιμεληταί,* die daneben ernannt sind, sind eigentlich nur, wie in den folgenden Testamenten, Personen, die sorgen sollen für die Ausführung des Testamentes. Indessen sind sie hier auch ganz wie Vormünder behandelt, da ihnen die Sorge für die Kinder, die Herpyllis und den Nachlass aufgetragen wird, und sie in (1 e) gradezu als *ἐπίτροποι* bezeichnet werden, die sich mit dem Antipater berathen sollen, *τοὺς ἐπιτρόπους βουλευομένους μετ᾽ Ἀντιπάτρου.* Dass Antipater als *ἐπίτροπος πάντων καὶ διὰ παντός* von ihnen getrennt und an die Spitze gestellt wird, hat nur die Bedeutung, dass ihm Ehren halber alles untergeordnet und seinem Schutze empfohlen wird. Es ist wohl ein ähnliches Verhältniss, wie im römischen Recht bei dem Unterschiede von 'tutor honoris causa' datus und 'tutor gerens'. [1]).

Wenn eventuell auch der Nikanor zum *κύριος τοῦ παιδίου καὶ τῶν ἄλλων* ernannt wird, so bedeutet auch dieses wieder Vormund, wie sonst oft. [2])

2. Auffallend ist, dass sich keine Verfügung über die Bibliothek des Aristoteles findet. Strabo (13, 1, 54) sagt, Aristoteles habe seine Bibliothek dem Theophrast geschenkt; dies müsste er also schon bei Lebzeiten gethan haben, vielleicht damals, als er kurz vor seinem Tode von Athen fliehen und sich nach Chalkis retten musste.

3. Der Engländer Grant macht gegen die Echtheit des Testaments geltend, dass es keine Verfügung über das Haus, das Aristoteles doch gewiss in Athen gehabt habe, enthalte. [3]) Allein wir wissen von einem solchen Hause nicht das geringste, und wenn Aristoteles das Bürgerrecht in Athen nicht hatte, war er überhaupt vom Grundbesitze in Athen ganz ausgeschlossen. [4])

III. Testament des Theophrast. († 285 v. Chr.)

Theophrast war von Eresos auf Lesbos gebürtig, muss aber das Bürgerrecht in Athen gehabt haben, da er dort

[1]) D. 23, 2, 60; 46, 3, 14, 1.
[2]) v. d. Es, de iure famil. p. 151.
[3]) Zeller, S. 41 n. 2; 808 n. 4.
[4]) Herrmann, gr. Staatsalterth. § 115 n. 4.

Haus und Garten besass. Er starb nach Diogenes (3, 58) in der Ol. 123, also 288—4.

Sein Testament ist das vollständigste von allen und namentlich in juristischer Beziehung das genaueste. Es erklärt sich das wohl daraus, dass Theophrast der einzige unter allen griechischen Schriftstellern ist, der ein grösseres Interesse für die Theorie des Privatrechts und namentlich für seine Gestaltung im positiven Rechte gehabt hat. Er ist der einzige, der eigentlich juristische Bücher geschrieben hat. Diogenes führt in dem Kataloge der Theophrastischen Werke an: 1 Buch *περὶ νόμων*, 1 Buch *περὶ παρανόμων*, 10 Bücher *ἐπιτομὴ νόμων*, 3 Bücher *νομοθετῶν*, 24 Bücher *νόμων κατὰ στοιχεῖον*. In dem Sammelwerke des Stobäus (44, 22) findet sich eine drei Seiten lange Stelle mit der Ueberschrift *ἐκ τῶν Θεοφράστου περὶ συμβολαίων*. Ob dies noch ein anderes bei Diogenes ausgelassenes Werk war, oder nur ein Abschnitt aus den *νόμοι κατὰ στοιχεῖον*, mag dahin gestellt bleiben.[1]) Jedenfalls gewinnt das Testament des Theophrast durch die juristische Bedeutung des Verfassers eine besondere Wichtigkeit; es kann als allgemeiner Massstab für die juristische Behandlung der Testamente bei den Griechen dienen.

Das Testament des Theophrast ist bei Diogenes eingeleitet mit den Worten: *Εὗρον δ' αὐτοῦ καὶ διαθήκας τοῦτον ἐχούσας τὸν τρόπον.* Am Schlusse steht: *Οὕτως ἔχουσιν αὐτῷ καὶ αἱ διαθῆκαι.*

Das Testament selber lautet folgendermassen:

Ἔσται μὲν εὖ· ἐὰν δέ τι συμβῇ, τάδε διατίθεμαι·

(1a) *Τὰ μὲν οἴκοι ὑπάρχοντα πάντα δίδωμι Μελάντῃ καὶ Παγκρέοντι τοῖς υἱοῖς Λέοντος.*

(b) *ἀπὸ δὲ τῶν παρ' Ἱππάρχου συμβεβλημένων τάδε μοι βούλομαι γενέσθαι· πρῶτον μὲν τὰ περὶ τὸ μουσεῖον καὶ τὰς θεὰς συντελεσθῆναι, κἄν τι ἄλλο ἰσχύῃ περὶ αὐτὰς ἐπικοσμηθῆναι πρὸς τὸ κάλλιον· ἔπειτα τὴν Ἀριστοτέλους εἰκόνα τεθῆναι εἰς τὸ ἱερὸν, καὶ τὰ λοιπὰ ἀναθήματα, ὅσα πρότερον ὑπῆρχεν ἐν τῷ ἱερῷ·*

[1]) Fr. Hofmann, Beitr. z. Gesch. d. griech. und röm. Rechts (1878) S. 71—3.

εἶτα τὸ στωΐδιον οἰκοδομηθῆναι τὸ πρὸς τῷ μουσείῳ μὴ χεῖρον ἢ πρότερον. Ἀναθεῖναι δὲ καὶ τοὺς πίνακας, ἐν οἷς αἱ τῆς γῆς περίοδοί εἰσιν, εἰς τὴν κάτω στοάν· ἐπισκευασθῆναι δὲ καὶ τὸν βωμόν, ὅπως ἔχῃ τὸ τέλειον καὶ τὸ εὔσχημον. Βούλομαι δὲ καὶ τὴν Νικομάχου εἰκόνα συντελεσθῆναι ἴσην· τὸ μὲν τῆς πλάσεως ἔχει Πραξιτέλης, τὸ δ' ἄλλο ἀνάλωμα ἀπὸ τούτου γενέσθω. Σταθῆναι δὲ ὅπου ἂν δοκῇ τοῖς καὶ τῶν ἄλλων ἐπιμελουμένοις τῶν ἐν τῇ διαθήκῃ γεγραμμένων. Καὶ τὰ μὲν περὶ τὸ ἱερὸν καὶ τὰ ἀναθήματα, τοῦτον ἐχέτω τὸν τρόπον.

(c) *τὸ δὲ χωρίον τὸ ἐν Σταγείροις ἡμῖν ὑπάρχον δίδωμι Καλλίνῳ·*

(d) *τὰ δὲ βιβλία πάντα Νηλεῖ·*

(e) *τὸν δὲ κῆπον, καὶ τὸν περίπατον, καὶ τὰς οἰκίας τὰς πρὸς τῷ κήπῳ πάσας δίδωμι τῶν γεγραμμένων φίλων ἀεὶ τοῖς βουλομένοις συσχολάζειν καὶ συμφιλοσοφεῖν ἐν αὐταῖς· ἐπειδήπερ οὐ δυνατὸν πᾶσιν ἀνθρώποις ἀεὶ ἐπιδημεῖν, μήτε ἐξαλλοτριοῦσι, μήτε ἐξιδιαζομένου μηδενός, ἀλλ' ὡς ἂν ἱερὸν κοινῇ κεκτημένοις, καὶ τὰ πρὸς ἀλλήλους οἰκείως καὶ φιλικῶς χρωμένοις, ὥσπερ προσῆκον καὶ δίκαιον. Ἔστωσαν δὲ οἱ κοινωνοῦντες Ἵππαρχος, Νηλεύς, Στράτων, Καλλῖνος, Δημότιμος, Δημάρατος, Καλλισθένης, Μελάντης, Παγκρέων, Νίκιππος· ἐξεῖναι δὲ βουλομένῳ φιλοσοφεῖν καὶ Ἀριστοτέλει, τῷ Μητροδώρου καὶ Πυθιάδος υἱῷ, καὶ μετέχειν τούτων· καὶ αὐτοῦ πᾶσαν ἐπιμέλειαν ποιεῖσθαι τοὺς πρεσβυτάτους, ὅπως ὅτι μάλιστα προαχθῇ κατὰ φιλοσοφίαν.*

(2a) *Θάψαι δὲ καὶ ἡμᾶς ὅπου ἂν δοκῇ μάλιστα ἁρμόττον εἶναι τοῦ κήπου, μηδὲν περίεργον μήτε περὶ τὴν ταφὴν μήτε περὶ τὸ μνημεῖον ποιοῦντας·*

(b) *ὅπως δὲ συνείρηται, μετὰ τὰ περὶ ἡμᾶς συμβάντα, τὰ περὶ τὸ ἱερὸν καὶ τὸ μνημεῖον, καὶ τὸν κῆπον, καὶ τὸν περίπατον, θεραπευόμενα, συνεπιμελεῖσθαι καὶ Πομπύλον τοῦτον ἐποικοῦντα αὐτὸν καὶ τὴν τῶν ἄλλων ἐπιμέλειαν ποιούμενον, ἣν καὶ πρότερον· τῆς δὲ λυσιτελείας ἐπιμελεῖσθαι αὐτοὺς τοὺς ἔχοντας ταῦτα.*

(3 a) *Πομπύλῳ δὲ καὶ Θρέπτῃ πάλαι ἐλευθέροι οὖσι καὶ ἡμῖν πολλὴν χρείαν παρεσχημένοις, εἴ τι πρότερον ἔχουσι παρ' ἡμῶν, καὶ εἴ τι αὐτοὶ ἐκτήσαντο, καὶ ἃ νῦν παρ' Ἱππάρχου αὐτοῖς συντέταχα, δισχιλίας δραχμὰς ἀσφαλῶς οἶμαι δεῖν αὐτοῖς ὑπάρχειν ταῦτα, καθάπερ καὶ αὐτοῖς διελέχθην Μελάντῃ καὶ Παγκρέοντι πλεονάκις καὶ πάντα μοι συγκατετίθεντο. Δίδωμι δ' αὐτοῖς καὶ Σωματάλην τὴν παιδίσκην.*

(b) *τῶν δὲ παίδων Μόλωνα μὲν καὶ Τίμωνα καὶ Παρμένοντα, ἤδη ἐλευθέρους, ἀφίημι.*

(c) *Μάνην δὲ καὶ Καλλίαν παραμείναντας ἔτη τέτταρα ἐν τῷ κήπῳ, καὶ συνεργασαμένους καὶ ἀναμαρτήτους γενομένους, ἀφίημι ἐλευθέρους·*

(d) *τῶν δ' οἰκηματικῶν σκευῶν, ἀποδιδόντας Πομπύλῳ ὅσα ἂν δοκῇ τοῖς ἐπιμεληταῖς καλῶς ἔχειν, τὰ λοιπὰ ἐξαργυρίσαι·*

(e) *δίδωμι δὲ καὶ Καρίωνα Δημοτίμῳ, Δόνακα δὲ Νηλεῖ·*

(f) *Εὔβοιον δ' ἀποδόσθαι·*

(g) *δότω δ' Ἵππαρχος Καλλίνῳ τρισχιλίας δραχμάς.*

(4 a) *Μελάντῃ δὲ καὶ Παγκρέοντι, εἰ μὲν μὴ ἑωρῶμεν Ἵππαρχον καὶ ἡμῖν πρότερον χρείαν παρεσχημένον καὶ νῦν ἐν τοῖς ἰδίοις μάλα νεναυαγηκότα, προσετάξαμεν ἂν μετὰ Μελάντου καὶ Παγκρέοντος ἐξάγειν αὐτά· ἐπειδὴ δὲ οὔτε ἐκείνοις ἑώρων ῥᾴδιον ὄντα συνοικονομεῖν, λυσιτελέστερόν τε αὐτοῖς ὑπελάμβανον εἶναι τεταγμένον τι λαβεῖν παρὰ Ἱππάρχου, δότω Ἵππαρχος Μελάντῃ καὶ Παγκρέοντι ἑκατέρῳ τάλαντον·*

(b) *διδόναι δ' Ἵππαρχον καὶ τοῖς ἐπιμεληταῖς εἰς τὰ ἀναλώματα, τὰ ἐν τῇ διαθήκῃ γεγραμμένα, κατὰ τοὺς ἑκάστου καιροὺς τῶν δαπανημάτων· οἰκονομήσαντα δὲ ταῦτα Ἵππαρχον ἀπηλλάχθαι τῶν συμβολαίων τῶν πρὸς ἐμὲ πάντων· καὶ εἴ τι ἐπὶ τοῦ ἐμοῦ ὀνόματος συμβέβληκεν Ἵππαρχος ἐν Χαλκίδι, Ἱππάρχου τοῦτό ἐστιν.*

(c) *ἐπιμεληταὶ δὲ ἔστωσαν τῶν ἐν τῇ διαθήκῃ γεγραμμένων Ἵππαρχος, Νηλεύς, Στράτων, Καλλῖνος, Δημότιμος, Καλλισθένης, Κτήσαρχος.*

(5) *Αἱ διαθῆκαι κεῖνται ἀντίγραφα τῷ Θεοφράστου δακτυλίῳ σεσημασμέναι, μία μὲν παρὰ Ἡγησίᾳ Ἱππάρχου·*

μάρτυρες Κάλλιππος Παλληνεύς, Φιλόμηλος Εὐωνυμεύς, Λύσανδρος Ὑβάδης, Φίλων Ἀλωπεκῆθεν. Τὴν δ' ἑτέραν ἔχει Ὀλυμπιόδωρος· μάρτυρες δ' οἱ αὐτοί. Τὴν δ' ἑτέραν ἔλαβεν Ἀδείμαντος, ἀπήνεγκε δὲ Ἀνδροσθένης ὁ υἱός· μάρτυρες Ἀρίμνηστος Κλεοβούλου, Λυσίστρατος Φείδωνος Θάσιος, Στράτων Ἀρκεσιλάου Λαμψακηνός, Θήσιππος Θησίππου ἐκ Κεραμέων, Διοσκουρίδης Διονυσίου Ἐπικηφίσιος.

Gruppirt man diese Bestimmungen nach ihrer juristischen Bedeutung, so ergeben sich folgende Hauptbestandtheile:

1. Directe Verfügungen über das vorhandene Vermögen;
2. Bestimmungen über das Begräbniss;
3. Legate und Freilassungen;
4. Bestimmungen über die Ausführung der Verfügungen;
5. Beglaubigung des Testaments.

1. Bei den Verfügungen der ersten Art werden als Bestandtheile des Vermögens unterschieden:

a) *τὰ μὲν οἴκοι ὑπάρχοντα πάντα,*
b) *τὰ παρ' Ἱππάρχου συμβεβλημένα,*
c) *τὸ χωρίον ἐν Σταγείροις,*
d) *τά βιβλία πάντα,*
e) *ὁ κῆπος καὶ ὁ περίπατος καὶ αἱ οἰκίαι πρὸς τῷ κήπῳ πᾶσαι.*

Offenbar umfassen diese fünf Kategorien das ganze Vermögen, so dass sich hier zum ersten Male eine vollständige Verfügung über das Vermögen findet. Sie werden nun aber ganz getrennt an verschiedene Personen gegeben. Keiner ist eigentlicher Universalsuccessor oder Erbe im römischen Sinne, eine eigentliche Erbeinsetzung, heredis institutio, die in Rom „velut caput et fundamentum totius testamenti“ war[1]), findet sich gar nicht. Sie war daher nach dem, was oben über die juristische Bedeutung des Theophrast gesagt ist, offenbar überhaupt nicht nothwendig, und dies bestätigen auch die nachfolgenden Testamente von Strato und Lyko. Am genauesten ist das von Epikur, da es die allgemeine Verfügung enthält: *δίδωμι τὰ ἐμαυτοῦ πάντα Ἀμυνομάχῳ.* Man darf darum aber nicht annehmen, dass die eigentliche Erbschaft an die Intestaterben gekommen wäre und das Testament nur wie ein

[1]) Gai. 2, 229.

römischer Intestat-Codicill anzusehen sei. Denn dann hätte jedenfalls wenigstens das Grundeigenthum den Intestaterben bleiben müssen, und das Testament hätte nur das bewegliche Vermögen umfassen können. Die Einheit des Vermögens, deren Festhaltung in Rom so wesentlich war, ist also hier gar nicht, und es entsteht dadurch die Frage, wie es mit den Schulden gehalten wurde, worüber unten näheres.

Die obigen 5 Bestandtheile des Vermögens sind nun aber in folgender Weise geordnet:

a) *Τὰ μὲν οἴκοι ὑπάρχοντα πάντα* werden dem Melantes und Pankreon, den Söhnen des Leon, gegeben. Wer dieser war, wissen wir nicht. Die Worte *οἴκοι ὑπάρχοντα* übersetzt Cobet mit 'domestica supellex'. Indessen ist dies zu enge gefasst. Man muss vielmehr im Gegensatze zu den nachfolgenden Obligationen und Grundstücken buchstäblich alles darunter verstehen, was im Hause ist oder dazu gehört, also auch Kleidung, Sklaven, baares Geld u. s. w.

b) Die zweite Bestimmung lautet *ἀπὸ τῶν παρ' Ἱππάρχου συμβεβλημένων τάδε βούλομαι γενέσθαι,* und darauf folgen 6 Auflagen, zu bauen, Bildsäulen zu setzen u. s. w. Was die *συμβεβλημένα* seien, ist unklar. Cobet übersetzt 'ab Hipparcho suppeditata'. Dies giebt aber gar keinen Sinn. Man muss zur Erklärung hinzunehmen, dass am Ende des Testaments dem Hipparch noch weiter auferlegt wird, 3000 Drachmen an Kallinos zu zahlen, und je ein Talent an Melantes und Pankreon, und dass er den Curatoren alles nöthige zahlen soll; dagegen soll er dann von allen *συμβόλαια* gegen den Erblasser frei sein, und was er im Namen des Erblassers in Chalkis *συμβέβληκεν,* das soll ihm gehören. Daraus ergiebt sich folgendes: *συμβάλλειν* heisst Verträge oder Geschäfte schliessen, *συμβόλαιον* oder *συμβεβλημένον* ist der allgemeine Ausdruck für Verträge jeder Art.[1]) Hipparch ist unzweifelhaft derselbe, der weiter unten als der erste unter den Schülern aufgeführt ist. Dieser war demnach nicht nur Schüler sondern zugleich auch Geschäftsführer des Theophrast, der das gesammte Kapitalvermögen desselben in Verwaltung hatte. Die *παρ' Ἱππάρχου συμβεβλημένα* in den obigen Be-

[1]) Vgl. Gneist, die formellen Verträge S. 431. 435.

stimmungen umfassen also die gesammten Obligationen des Theophrast; davon soll Hipparch die verschiedenen Auflagen erfüllen, und dann den Rest behalten, ausserdem auch alle in Chalkis negoziirten. Welcher Art diese Verträge und Geschäfte waren, ob Darlehn und Hypotheken oder Handelsgeschäfte, und mit was für Personen, ob mit Wechslern oder Privatleuten, ist nicht ersichtlich.

Die einzelnen Auflagen an den Hipparch sind nun sehr merkwürdig und hängen enge mit einander zusammen:

1. Erstlich sollen *τὰ περὶ τὸ μουσεῖον καὶ τὰς θεάς* vollendet werden *(συντελεσθῆναι)*;

2. dann soll das Bildniss des Aristoteles gesetzt werden *εἰς τὸ ἱερόν* und ebenso die übrigen *ἀναθήματα*, die früher darin waren *(ὅσα πρότερον ὑπῆρχεν)*;

3. dann soll *τὸ στωΐδιον* neben dem Museum gebaut werden nicht schlechter wie früher *(μὴ χεῖρον ἢ πρότερον)*;

4. ferner sollen die *πίνακες, ἐν οἷς αἱ τῆς γῆς περίοδοί εἰσιν* aufgestellt werden *εἰς τὴν κάτω στοάν*;

5. der Altar soll wieder hergestellt werden *(ἐπισκευασθῆναι)*, vollständig und anständig *(εὔσχημον)*;

6. auch das Bild des Nikomachus soll vollendet werden;

7. die Kosten für die Plastik habe Praxiteles bereits erhalten, die übrigen soll Hipparch zahlen. Der Praxiteles kann wohl nicht der berühmte sein, der ja im vierten Jahrhunderte lebte, sondern nur ein Sohn oder Enkel von ihm;[1])

8. der Ort der Aufstellung soll durch die Curatoren bestimmt werden.

Zweifelhaft sind hier zunächst die Lokalitäten. Es werden genannt *μουσεῖον, ἱερόν, στωΐδιον, ἡ κάτω στοά.* Das *μουσεῖον* mit den *θεαί* ist aber offenbar Musentempel und daher identisch mit dem *ἱερόν*, und das *στωΐδιον* der Gegensatz zu der *κάτω στοά.* Demnach war es ein Tempel mit zwei Säulenhallen daneben, einer oberen grösseren und einer unteren kleineren. Da bei allen von Vollendung und Wiederherstellung die Rede ist, so muss man annehmen, dass entweder irgend eine Zerstörung vorher stattgefunden hatte, von der wir aber freilich sonst nichts wissen, oder dass sonst ein Neubau von Theophrast vorbereitet war.

---

[1]) Vgl. Rodenfeld in Westermann's Monatsschrift. 48, 136.

Unklar ist das Eigenthumsverhältniss an dem Tempel und den Hallen, über die verfügt wird. Nach römischem Rechte sind die Tempel als res sacrae extra commercium und gehören den Göttern. Allein Theophrast verfügt hier über den Tempel ganz wie über sein Eigenthum, ohne alle Rücksicht auf priesterliche Erlaubniss. Ebenso wird auch später (§ 54) das *ἱερόν* einfach mit dem *κῆπος* und *περίπατος* zusammengestellt. Die Hallen waren keinesfalls res sacrae, können aber ebenso wenig auch als öffentliche angesehen werden, da er sie ganz privatim bauen und ausschmücken lässt. Demnach muss man annehmen, dass das *μουσεῖον* kein eigentlicher consecrirter Tempel war, sondern nur ein Privatheiligthum, über was man freie Verfügung hatte. Fraglich ist dann nur, wem der Tempel nebst den Hallen nach dem Testamente gehörte, da über beide nichts ausdrücklich bestimmt ist. Die Frage lässt sich indessen erst in Verbindung mit der Bestimmung über den Garten entscheiden.

c) Das Vermächtniss des Landgutes, *χωρίον*, in Stagira an den Kallinos bedarf keiner Erläuterung.

d) Wichtig ist das Legat der Bibliothek (*τὰ βιβλία πάντα*) an den Neleus, einen Schüler des Theophrast. Darin war, wie oben S. 23, 2 bemerkt ist, die ganze Bibliothek des Aristoteles. Neleus soll nach Strabo (13, 1, 54) die Bibliothek seinen Erben, *ἀνθρώποις ἰδιώταις*, hinterlassen haben; diese hätten sie verderben lassen, bis ein gewisser Apellikon den Rest gekauft hätte, der dann später durch Sulla nach Rom gebracht wurde.

e) Die wichtigste und interessanteste Bestimmung des ganzen Testaments ist die über den Garten. Sie lautet: den Garten und den *περίπατος* und die Häuser neben dem Garten alle gebe ich denen von den unten genannten Freunden, die darin mit einander der Wissenschaft leben und philosophiren wollen (*συσχολάζειν καὶ συμφιλοσοφεῖν*), aber so, dass sie ihn weder veräussern noch einer ihn zu seinem Einzeleigenthum machen darf (*μήτε ἐξαλλοτριοῦσι μήτε ἐξιδιαζομένου μηδενός*), sondern sie ihn in Freundschaft gemeinschaftlich benutzen. Darauf werden 10 Namen als Miteigenthümer aufgeführt, darunter die schon oben genannten Hipparch,

Neleus, Kallinos, Melantes und Pankreon; ausser ihnen soll auch der Enkel des Aristoteles von dessen Tochter Pythias, wenn er will, daran Theil haben. Die ältesten unter ihnen sollen Sorge tragen für den Garten, damit er so viel als möglich zum Nutzen der Philosophie verwendet werde.

Der eigentliche Zweck der Bestimmung ist klar. Der Garten soll eine Art Stiftung für die Philosophenschule bilden, für gemeinsamen Aufenthalt, Unterricht und Besprechungen. Sehr eigenthümlich ist aber die juristische Form, in der der Zweck erreicht werden soll. Den Begriff einer eigentlichen Stiftung hatte Theophrast offenbar noch nicht, und darum wendet er das Mittel eines gemeinschaftlichen Eigenthums mit Veräusserungsverbot an. Man sieht leicht, wie unvollkommen dieses Mittel ist. Bei Lebzeiten der 10 Philosophen war zwar gesorgt, dass die gemeinsame Benutzung bleiben musste und keiner eine abweichende Verfügung vornehmen durfte. Allein für den Fall des allmählichen Absterbens war nichts bestimmt. Beim einfachen Miteigenthume werden die Antheile der einzelnen selbständig vererbt und gehen auf die jedesmaligen Erben des einzelnen über. Dies wollte Teophrast natürlich nicht, das Eigenthum sollte vielmehr stets gemeinschaftlich bleiben und sich daher allmählich auf die überlebenden bis auf den letzten zusammenziehen. Dazu wäre eigentlich eine besondere Verfügung nöthig gewesen, eine Art Substitution oder Accrescenz, ähnlich wie bei den römischen Bestimmungen de usufructu accrescendo. Eine solche hat Theophrast nicht getroffen, indessen haben die eingesetzten Miteigenthümer die Sache offenbar von selber so gemacht, da der eine von ihnen, Strato, in seinem Testamente sich als alleinigen Eigenthümer des Gartens gerirt und wieder für die Schule darüber verfügt. Er macht es aber anders als Theophrast, er setzt nur Einen darauf ein, den Lyko, offenbar in der Erwartung, dass dieser wieder dasselbe thun werde, ohne ihm aber eine derartige Auflage in dem Testamente zu machen. Lyko entspricht auch der Erwartung in seinem Testamente, kehrt aber merkwürdigerweise wieder zu der Form des Theophrast zurück und setzt wieder 10 seiner Schüler ein, die den Garten gemeinschaftlich haben sollen, wiederum ohne weitere Verfügung für die Zukunft.

Offenbar lagen solche Bestimmungen für die Zukunft über die nächste Generation hinaus an ungewisse und unbestimmte Personen noch nicht im Sinne und Bewusstsein der Zeit. Auch in Rom waren Legate an zukünftige 'incertae personae' ganz unzulässig, Fideicommisse der Art waren zwar anfangs nicht ausgeschlossen, doch waren sie selten und schon unter Hadrian wurde durch das Sc. Pegasianum die Beschränkung von den Legaten auf die Fideicommisse übertragen. Erst Justinian erlaubte die Vermächtnisse an incertae personae wieder, und doch kamen auch ihm solche weit in die Zukunft greifende Verfügungen so bedenklich vor, dass er sie grade in ihrem Hauptfalle, bei den Familienfideicommissen, wieder auf vier Generationen beschränkte.

In Griechenland existirte eine formelle Regel, dass an incertae personae nichts vermacht werden könne, zwar nicht, aber wir sehen, dass man von selber davor zurückscheute, obgleich Epikur, wie sich zeigen wird, schon etwas darüber hinausging.

Auffallen kann es, dass Theophrast die andere mögliche Form zur Erreichung seines Zweckes nicht gewählt hat, nämlich die durch Vermittlung einer juristischen Person. Es ist das im allgemeinen in drei Formen möglich:

1. Vermächtniss oder Schenkung an eine Gemeinde sub modo, d. h. mit der Auflage der Zweckbestimmung;

2. Gründung einer selbständigen Corporation zu dem betreffenden Zwecke;

3. Anordnung einer selbständigen reinen Stiftung, d. h. Festsetzung eines selbständigen Vermögens, als besonderer juristischer Person, mit selbständiger Verwaltung zur Verwendung für den bestimmten Zweck.

Diese letztere Form existirte freilich damals in Griechenland wohl noch nicht, wie sie ja auch in Rom erst in der späteren Kaiserzeit ausgebildet ist; allein die beiden andern Formen kannte man. Die erste, die Schenkung an eine Gemeinde, findet sich in einer Inschrift von Corcyra,[1]) wo es heisst:

Ἀριστομένης δίδωτι τᾷ πόλει τῶν Κορκυραίων εἰς τὰν τῶν τεχνιτᾶν μίσθωσιν etc.

---

[1]) Corp. inscript. graec. 2, 20, n. 1845.

die zweite, die Gründung eines collegium, in einer Inschrift von Thera,[1]) wo es heisst:

συναγαγὲν κοινὸν ἀνδρείον τῶν συγγενῶν καὶ δόμεν τῷ κοινῷ τοῦ ἀνδρείου δραχμὰς τριςχιλίας etc.

Beide Inschriften setzt Böckh in das zweite oder dritte Jahrhundert v. Chr., doch möchte ich wenigstens die zweite keinesfalls früher als in das zweite Jahrhundert setzen wegen der übermässigen Breite und Weitschweifigkeit des juristischen Ausdrucks, namentlich bei dem Veräusserungsverbote. Hier sagt Plato einfach: *μὴ ἐξέστω μήτε ἀποδόσθαι μήτε ἀλλάξασθαι*, und Theophrast: *μήτε ἐξαλλοτριοῦσι μήτε ἐξιδιαζομένου μηδενός*, dagegen die Inschrift: *μὴ ἐχέτω ἐξουσίαν μηθεὶς μήτε ἀποδόσθαι, μήτε καταθέμεν, μήτε διαλλάξασθαι, μήτε ἐξαλλιοτριῶσαι τρόπω μηδενὶ μηδὲ παρευρέσει μηδεμίᾳ.* Eine solche Häufung gleichbedeutender Worte und nutzloser juristischer Formeln ist so recht die Art einer heruntergekommenen und von handwerksmässigen Schreibern gehandhabten Rechtspraxis.

Warum übrigens Theophrast bei seiner Verfügung diese beiden Formen nicht angewendet hat, kann man sich ungefähr denken. Die Philosophenschule des Aristoteles der Stadt Athen zu überliefern, die den Aristoteles zur Flucht genöthigt hatte, war doch sehr bedenklich, und eine eigentliche Corporation von Philosophen wäre etwas ganz neues und von zweifelhafter Gültigkeit gewesen, da man bisher nur wie in Rom religiöse collegia gehabt hatte.

Schliesslich ist noch über den Umfang der Zuwendung zu bemerken:

a) Theophrast sagt: *τὸν κῆπον καὶ τὸν περίπατον καὶ τὰς οἰκίας τὰς πρὸς τῷ κήπῳ πάσας.* Dabei wird der Garten derjenige sein, von dem Diogenes (5, 39) sagt: *λέγεται δ' αὐτὸν καὶ ἴδιον κῆπον σχεῖν μετὰ τὴν Ἀριστοτέλους τελευτὴν, Δημητρίου τοῦ Φαληρέως ὅς ἦν καὶ γνώριμος αὐτῷ τοῦτο συμπράξαντος.* Dies versteht Zumpt[2]) so, dass schon Aristoteles den Garten gehabt habe, und dass Theophrast ihn nach dessen Tode mit Hülfe des

---

[1]) Corp. inscript. graec. 2, 361 n. 2448.

[2]) Bestand der philos. Schulen in Athen S. 7 ff.

Demetrius gekauft habe. Es ist aber schon oben bemerkt, dass wir von einem Grundbesitze des Aristoteles in Athen überhaupt nichts wissen, und mit Recht haben daher Brandis und Zeller jene Annahme verworfen.[1])

b) Der *περίπατος* kann nicht ein Theil des öffentlichen Lykeion gewesen sein, sondern es müssen entweder die Säulenhallen sein oder sonst ein Gebäude oder irgend eine Vorrichtung in oder neben dem Garten, da sonst Theophrast ihn nicht hätte vermachen können.[2])

c) Was die *οἰκίαι* seien, wird nicht näher gesagt. Jedenfalls muss ein Wohnhaus darunter gewesen sein, da es nachher heisst, dass der Diener Pompylos dort wohnen solle. Indessen ist es wohl wahrscheinlich, dass auch das Museum und die Hallen mit darunter gemeint sind, da sonst über diese gar nicht verfügt wäre.

2. Ueber das Begräbniss wird nur bestimmt, es solle an einem passenden Orte im Garten stattfinden, und es solle sowohl bei der Bestattung selber als bei dem Denkmale *(μνημεῖον)* nichts unnöthiges *(περίεργον)* geschehen.

Daran schliesst sich noch eine gemeinsame Bestimmung für die beiden bisherigen Verfügungen, nämlich dass sein früherer längst freigelassener Sklave Pompylos die Sorge *περὶ τὸ ἱερὸν καὶ τὸ μνημεῖον καὶ τὸν κῆπον καὶ τὸν περίπατον* fortführen solle, wie er sie bisher schon gehabt, und daher auch dort wohnen solle. Es ist dies der Pompylos, von dem Diogenes (5, 36) sagt: *φέρεται δ' αὐτοῦ καὶ δοῦλος φιλόσοφος ὄνομα Πομπύλος.*

3. Nun folgt eine Reihe von Legaten.

a) Pompylos und Threptes, die schon längst freigelassen sind und mir vielen Nutzen verschafft haben, sollen zu dem, was sie schon erhalten haben, noch 2000 Drachmen von Hipparch bekommen und ein Sklavenkind.

b) Drei junge Sklaven, Molon, Kimon, Parmenon werden freigelassen, ebenso:

c) Manes und Kallias, die schon 4 Jahre in dem Garten gewohnt und mitgearbeitet haben.

[1]) Zeller, 808 n. 4.

[2]) Ob der Ausdruck Peripatetiker von diesem *περίπατος* oder allgemein von *περιπατεῖν* stamme, s. Zeller, S. 29 n. 5.

d) Von Hausgeräthen sollen die Epimeleten das nöthige dem Pompylos geben, das übrige verkaufen.

e) Neleus und Demotimos, Schüler von ihm, sollen jeder einen Sklaven bekommen.

f) Der Sklave Eubios soll verkauft werden.

g) Kallinos soll Hipparch 3000 Drachmen zahlen.

4. Den Schluss machen Bestimmungen über die Geschäftsführung des Hipparch und die Ausführung des Testaments.

a) Eigenthümlich ist die erste Bestimmung. Es heisst: wenn ich nicht gesehen hätte, dass Hipparch sowohl dem Melantes und Diotimus als mir selber früher sehr nützlich gewesen ist, und jetzt in seinem Vermögen grosse Verluste erlitten hat, so würde ich ihm aufgetragen haben, in Verbindung mit jenen beiden die Bestimmungen des Testaments auszuführen; da ich aber gesehen habe, dass auch jenen beiden die gemeinschaftliche Verwaltung mit Hipparch nicht leicht sein werde, so habe ich angenommen, dass es passender für sie sein werde, eine festgesetzte Summe von Hipparch zu bekommen; daher soll Hipparch einem jeden von ihnen 1 Talent geben. Was für Verhältnisse dabei zu Grunde gelegen haben, ist nicht mehr zu ermitteln.

b) Hipparch soll den Epimeleten zur Bestreitung der im Testamente angeordneten Ausgaben das nöthige Geld geben.

Wenn er dieses gehörig gethan, soll er von allen Verpflichtungen gegen Theophrast frei sein.

Obligationen, die er in Chalkis auf den Namen des Theophrast contrahirt habe, sollen ihm gehören.

c) Schliesslich folgt noch die Ernennung von sieben *ἐπιμεληταὶ τῶν ἐν τῇ διαθήκῃ γεγραμμένων*. Sechs davon gehören zu den 10 Philosophen, denen der Garten vermacht ist. Darunter steht Hipparch oben an, dann kommen Neleus, dem die Bücher vermacht sind, Kallinos, der das Landgut bekommt, Demotimos, der einen Sklaven bekommt. Man sieht also, dass eigene Legate kein Hinderniss waren, um Executor des Testaments zu werden.

5. Ueber die Aufbewahrung des Testaments heisst es, es seien drei *ἀντίγραφα* des Testaments gemacht, alle mit dem Ringe des Theophrast besiegelt und bei drei verschiedenen Personen deponirt. Bei jedem werden auch die Zeugen ge-

nannt. Es sind bei zwei Exemplaren je vier Zeugen, bei dem dritten fünf. Es entspricht das den auch sonst bekannten Grundsätzen von der Behandlung der Testamente, namentlich dass nicht wie in Rom eine bestimmte Anzahl von Zeugen gesetzlich vorgeschrieben und erforderlich war.

Zum Schlusse ist noch die eigenthümliche Behandlung der Obligationen des Erblassers, der activen und passiven, hervorzuheben.

1. Als Activa sind nur die von oder mit Hipparch negoziirten aufgeführt. Danach lässt sich annehmen, dass sie jedenfalls die einzigen von Erheblichkeit waren. Wie dann aber andere geringere etwa auftauchende Forderungen und Klagen behandelt werden sollten, ist gar nicht angedeutet.

2. Von den Schulden des Erblassers, ist in dem ganzen Testamente gar keine Rede, ebenso wenig wie in dem des Aristoteles, während Plato wenigstens sagt, er habe keine Schulden. Hatte nun Theophrast auch gar keine Schulden? Bei einem solchen doch offenbar nicht geringen Vermögen, wie das des Theophrast erscheint, wäre das sehr auffallend. Und wenn unerwartete und selbst unbegründete Ansprüche erhoben wurden, an wen waren sie zu richten? wer war verpflichtet die Klagen aufzunehmen? wer musste, wenn sie zuerkannt wurden, die Beträge zahlen? Für alle diese Fragen giebt das Testament keine Antwort.

Die Verpflichtung des Hipparch geht nur auf die Zahlung der Legate, nicht auch die der Schulden. Auch das sonstige Recht giebt keinen festen Anhalt. Dass die Erben *(κληρονόμοι)* für die Schulden hafteten, ist zwar im allgemeinen ausser Zweifel[1]), speciellere Bestimmungen darüber, namentlich bei einer Zerreissung des ganzen Vermögens, wie im vorliegenden Falle, finden sich nicht. Das natürlichste scheint, dass man die Schulden von selbst als Last zu den *οἴκοι ὑπάρχοντα πάντα* rechnete.

IV. **Testament des Strato.** († 269 v. Chr.)

Strato aus Lampsakus war der berühmteste Schüler des Theophrast, der dritte unter den zehn, denen Theophrast

[1]) Bunsen, de iure hered. Ath. p. 77. 78. Gans, Erbrecht 1, 398.

seinen Garten vermachte.[1]) Er war 18 Jahre lang das Haupt der peripatetischen Schule und starb 270. Sein Testament steht bei Diog. 5, 61—4. Diogenes leitet es mit den Worten ein: *Τοῦ δ' οὖν φυσικοῦ φέρονται καὶ διαθῆκαι τοῦτον ἔχουσαι τὸν τρόπον* und sagt am Schlusse: *καὶ αἵδε μέν εἰσιν αἱ φερόμεναι αὐτοῦ διαθῆκαι, καθάπου συνήγαγε καὶ Ἀρίστων ὁ οἰκεῖος.* Dass dieses letztere *ὁ Κεῖος* zu lesen und darunter der Philosoph Aristo von der (cykladischen) Insel Keos zu verstehen sei, ist bereits oben S. 3 n. 3 bemerkt.

Das Testament selber hat folgenden Inhalt:

Τάδε διατίθεμαι ἐάν τι πάσχω·

(1) *Τὰ μὲν οἴκοι καταλείπω πάντα Λαμπυρίωνι καὶ Ἀρκεσιλάῳ.*

(2) *Ἀπὸ δὲ τοῦ Ἀθήνησιν ὑπάρχοντός μοι ἀργυρίου πρῶτον μὲν οἱ ἐπιμεληταὶ τὰ περὶ τὴν ἐκφορὰν ἐπιμεληθήτωσαν, καὶ ὅσα νομίζεται μετὰ τὴν ἐκφοράν, μηδὲν μήτε περίεργον ποιοῦντος μήτ' ἀνελεύθερον.*

(3) *Ἐπιμεληταὶ δὲ ἔστωσαν τῶν κατὰ τὴν διαθήκην οἵδε, Ὀλύμπιχος, Ἀριστείδης, Μνησιγένης, Ἱπποκράτης, Ἐπικράτης, Γοργύλος, Διοκλῆς, Λύκων, Ἀθάνης.*

(4) *Καταλείπω δὲ τὴν μὲν διατριβὴν Λύκωνι, ἐπειδὴ τῶν ἄλλων οἱ μέν εἰσι πρεσβύτεροι, οἱ δὲ ἄσχολοι. καλῶς δ' ἂν ποιοῖεν καὶ οἱ λοιποὶ συγκατασκευάζοντες τούτῳ.*

(5) *Καταλείπω δ' αὐτῷ καὶ τὰ βιβλία πάντα, πλὴν ὧν αὐτοὶ γεγράφαμεν, καὶ τὰ σκεύη πάντα κατὰ τὸ συσσίτιον καὶ τὰ στρώματα καὶ τὰ ποτήρια.*

(6a) *Δότωσαν δὲ οἱ ἐπιμεληταὶ Ἐπικράτει πεντακοσίας δραχμὰς καὶ τῶν παίδων ἕνα ὃν ἂν δοκῇ Ἀρκεσιλάῳ·*

(b) *καὶ πρῶτον μὲν Λαμπυρίων καὶ Ἀρκεσίλαος ἀράσθωσαν τὰς συνθήκας, ἃς ἔθετο Δάϊππος ὑπὲρ Ἰραίου, καὶ μηδὲν ὀφειλέτω μήτε Λαμπυρίωνι, μήτε τοῖς Λαμπυρίωνος κληρονόμοις, ἀλλ' ἀπηλλάχθω παντὸς τοῦ συμβολαίου· δότωσαν δ' αὐτῷ καὶ οἱ ἐπιμεληταὶ ἀργυρίου δραχμὰς πεντακοσίας καὶ τῶν παίδων ἕνα, ὃν ἂν δοκιμάζῃ Ἀρκεσίλαος, ὅπως ἂν πολλὰ συμπεπονηκὼς ἡμῖν καὶ παρεσχημένος χρείας ἔχῃ βίον ἱκανὸν καὶ εὐσχήμονα·*

---

[1]) Näheres über ihn bei Zeller, S. 901—21.

(c) ἀφίημι δὲ καὶ Διόφαντον ἐλεύθερον καὶ Διοκλέα καὶ Ἄβουν· Σιμίαν δὲ ἀποδίδωμι Ἀρκεσιλάῳ. Ἀφίημι δὲ καὶ Δρόμωνα ἐλεύθερον.

(7) Ἐπειδὰν δὲ παραγένηται Ἀρκεσίλαος, λογισάσθω Ἴραιος μετ' Ὀλυμπίχου καὶ Ἐπικράτους καὶ τῶν ἄλλων ἐπιμελητῶν τὸ γεγονὸς ἀνάλωμα εἰς τὴν ἐκφορὰν καὶ τὰ ἄλλα τὰ νομιζόμενα. τὸ δὲ περιὸν ἀργύριον κομισάσθω Ἀρκεσίλαος παρὰ Ὀλυμπίχου, μηδὲν ἐνοχλῶν αὐτὸν κατὰ τοὺς καιροὺς καὶ τοὺς χρόνους.

(8) Ἀράσθω δὲ καὶ τὰς συνθήκας Ἀρκεσίλαος, ἃς ἔθετο Στράτων πρὸς Ὀλύμπιχον καὶ Ἀμεινίαν, τὰς κειμένας παρὰ Φιλοκράτει Τισαμενοῦ.

(9) Τὰ δὲ περὶ τὸ μνημεῖον ποιείτωσαν ὡς ἂν δοκῇ Ἀρκεσιλάῳ καὶ Ὀλυμπίχῳ καὶ Λύκωνι.

Das Testament ist, wie man sieht, dem des Theophrast ähnlich, aber kürzer. Es enthält folgendes.

1. Zuerst heisst es ähnlich wie bei Theophrast *τὰ μὲν οἴκοι καταλείπω πάντα Λαμπυρίωνι καὶ Ἀρκεσιλάῳ*. Den letzteren Namen hatte auch der Vater des Strato, woraus Zeller folgert, dass hier ein Sohn oder Neffe gemeint sei. Das erstere passt aber nicht dazu, da beim Vorhandensein von Söhnen eigentlich gar kein Testament zulässig war. Die Worte *τὰ μὲν οἴκοι* bezeichnen hier wie bei Theophrast alle im Hause befindlichen oder dazu gehörigen Sachen, auch Sklaven. Dass jedoch nicht das ganze Vermögen darunter zu verstehen ist, zeigt der folgende Satz, worin:

2. die Bestimmung enthalten ist, dass *ἀπὸ τοῦ Ἀθήνησιν ὑπάρχοντός μοι ἀργυρίου* die Kosten des Begräbnisses bestritten werden sollen. Unter diesem *ἀργύριον* ist aber sicher nicht baares Geld verstanden, sondern wie bei Theophrast ausstehendes Capital.[1]) Das Begräbniss sollen die Epimeleten besorgen, nicht verschwenderisch, aber auch nicht kärglich.

3. Epimeleten werden 9 bestellt, darunter Lyko.

4. Hierauf kommt die Verfügung über den Garten mit den Worten: *καταλείπω τὴν διατριβὴν Λύκωνι*. Als Grund wird angegeben, weil die Uebrigen zu alt oder zu beschäftigt seien, doch wird hinzugefügt, es wäre schön, wenn auch sie

[1]) Unmöglich wäre es daher nicht, dass diese Capitalien nur als ein Theil des gesammten *τὰ μὲν οἴκοι* anzusehen sind.

mit zu der Ausrüstung der διατριβή beitrügen. Was diese sei, ist zwar nicht näher angedeutet, es kann aber kein Zweifel sein, dass sie nichts anderes ist, als der Garten des Theophrast nebst den Gebäuden. Auf die Eigenthümlichkeit, dass der Garten hier nicht wie bei Theophrast der ganzen Gesellschaft hinterlassen ist, sondern blos dem Lyko, ist bereits oben beim Testamente des Theophrast aufmerksam gemacht. Der Gedanke dabei war wohl, dass das Verhältniss auf diese Weise einfacher sei und vielleicht doch mehr gesichert, als bei der grossen Gesellschaft. Denn ein festes Vertrauen, dass Lyko wieder ebenso verfügen würde, lag dabei natürlich zu Grunde und wurde auch von Lyko nicht getäuscht, wie sein Testament zeigt. Von einer fideicommissarischen Auflage darüber ist aber keine Spur.

Fragen kann man, wann und wie Strato eigentlich in den Alleinbesitz des Gartens gekommen sei. Es ist darüber nichts gesagt. Man wird annehmen dürfen, dass die andern allmählich alle gestorben waren und man dabei ohne weiteres eine Art Accrescenz, wie sie oben bei Theophrast beschrieben ist, auch ohne dass sie von ihm angeordnet war, hat eintreten lassen, so dass schliesslich Strato der alleinige Eigenthümer war und nun als solcher darüber verfügen konnte. Man sieht aber, dass die in der Zeit von Theophrasts Testamente bis zu dem des Lyko in die Schule eingetretenen Philosophen nicht zugleich auch in die Gemeinschaft des Rechts am Garten eingetreten sind. Nach dem Wortlaute des Testaments von Theophrast war dies ganz consequent, dem Gemeinschaftsprincipe hätte eigentlich das Gegentheil mehr entsprochen.

5. In Verbindung mit dem Vermächtnisse des Gartens an Lyko stehen die beiden weiteren:

a) *τὰ βιβλία πάντα, πλὴν ὧν αὐτοὶ γεγράφαμεν.* Dass hierunter nicht die Bibliothek zu verstehen ist, die von Aristoteles auf Theophrast, und von diesem mit seiner eigenen vermehrt auf Neleus übergegangen war, ist oben S. 30, d gesagt. Sonderbar ist, dass Strato die Bücher ausnimmt, die er selber geschrieben habe. Ein Grund dafür ist nicht ersichtlich, auch nicht, an wen sie sonst fallen sollen. Man wird sie zu den *τὰ μὲν οἴκοι πάντα* rechnen dürfen.[1])

[1]) Eine ähnliche Unterscheidung s. im Testamente des Lyko n. 5.

b) *τὰ σκεύη πάντα κατὰ τὸ συσσίτιον καὶ τὰ στρώματα καὶ τὰ ποτήρια.* Offenbar ist dies als eine Art Ausstattung der *διατριβή* zu gemeinsamen Gastmälern anzusehen. Dass diese bei mehreren Philosophenschulen üblich waren, erzählt Athenäus.[2]) Auch Strato richtet sie offenbar nicht erst für die Zukunft ein, sondern sichert nur ihre Fortsetzung.

6. Es folgen nun mehrere Legate und Freilassungen:

a) An Epikrates, einen der Schüler und der Epimeleten, 500 Drachmen und ein Sklave nach Wahl des Arkesilaos, des einen Erben.

b) Ein eigenthümliches legatum liberationis, was den beiden Erben auferlegt wird: *ἀράσθωσαν τὰς συνθήκας, ἃς ἔθετο Δάϊππος ὑπὲρ Ἰραίου.* Das *συνθήκας ἔθετο ὑπὲρ* bedeutet Versprechen für einen andern; man möchte dabei zunächst an Bürgschaft denken, allein in den Worten *μηδὲν ὀφειλέτω, — ἀλλ' ἀπηλλάχθω παντὸς τοῦ συμβολαίου* liegt, dass Daippos bereits selber fest schuldete und nun ganz frei werden soll. Dies deutet auf eine Schuldübernahme für den Iraios oder auf eine selbständige Verpflichtung statt seiner. Der Daippos muss irgendwie sehr aufopfernd gehandelt haben, denn er soll noch 500 Drachmen obenein haben und einen Sklaven, weil er *πολλὰ συμπεπονηκώς* und *παρασχημένος χρείας* gehandelt habe und daher ein angenehmes Leben haben solle, *ἔχῃ βίον ἱκανὸν καὶ εὐσχήμονα.*

c) Von den Sklaven sollen vier frei werden, ein fünfter dem Arkesilaus zufallen.

7. Ueber die Ausführung des Testaments wird bestimmt: Wenn Arkesilaus (nach Athen) komme, solle Iraios mit Olympichos, Epikrates und den andern Epimeleten Abrechnung halten über die Kosten des Begräbnisses und die Todtenopfer, die sog. *νομιζόμενα*[3]), das übrig bleibende Geld solle Arkesilaos von Olympichos bekommen, aber ohne Belästigung desselben nach Zeit und Gelegenheit.

8. Ganz vereinzelt wird hier dem Arkesilaos die Zahlung einer Schuld des Testirers auferlegt mit den Worten: *ἀράσθω*

---

[2]) 5, p. 185. 12, p. 547. Vgl. Zumpt, philosoph. Schulen. S. 15.
[3]) Vgl. über diesen Begriff Gans, Erbrecht 1, 396.

τὰς συνθήκας ἃς ἔθετο Στράτων πρὸς Ὀλύμπιχον. Das *πρός* bedeutet hier im Gegensatze zu dem obigen *ὑπέρ* die Schuld „an" den Olympichos.

Den Schluss macht eine Bestimmung über ein zu setzendes *μνημεῖον.*

V. Testament des Lyko. († 225 v. Chr.)

Lyko war Schüler von Strato und sein Nachfolger als Schulvorstand.[1]) Ihm hatte Strato die *διατριβή* vermacht. Er starb 226 v. Chr. Sein Testament steht bei Diogenes 5, 69—74. Diogenes leitet es mit den Worten ein: *Τοῦ δὲ φιλοσόφου καὶ διαθήκαις ἐνετύχομεν ταῖςδε.* Zum Schlusse fügt er hier einen ganz besonders lobenden Nachruf bei: *Οὕτω μέντοι αὐτῷ συνετῶς τὰ πάντα πράττοντι, τά τε περὶ παιδείαν καὶ πάντας λόγους, οὐδὲν ἧττον καὶ τὰ τῶν διαθηκῶν τρόπον τινὰ καὶ σφόδρα ἐπιμελῶς τε καὶ οἰκονομικῶς ἴσχει, ὥστε κἀνταῦθα ζηλωτέος.*

Das Testament lautet so:

Τάδε διατίθεμαι περὶ τῶν κατ᾽ ἐμαυτόν, ἐὰν μὴ δυνηθῶ τὴν ἀρρωστίαν ταύτην ὑπενεγκεῖν.

(1a) *Τὰ μὲν ἐν οἴκῳ πάντα δίδωμι τοῖς ἀδελφοῖς Ἀστυάνακτι καὶ Λύκωνι·*

(b) *καὶ οἶμαι δεῖν ἀποδοθῆναι ἀπὸ τούτων ὅσα κατακέχρημαι Ἀθήνησι παρά τινος ἔχων ἢ ἐκπεπραχώς·*

(c) *καὶ ἃ ἂν εἰς τὴν ἐκφορὰν ἀναλωθῇ, καὶ εἰς τἄλλα τὰ νομιζόμενα.*

(2) *Τὰ δὲ ἐν ἄστει καὶ ἐν Αἰγίνῃ δίδωμι Λύκωνι διὰ τὸ καὶ τοὔνομα φέρειν ἡμῶν καὶ συνδιατετριφέναι πλείω χρόνον ἀρεστῶς πάνυ, καθάπερ δίκαιον ἦν τὸν υἱοῦ τάξιν ἐσχηκότα.*

(3) *Τὸν δὲ περίπατον καταλείπω τῶν γνωρίμων τοῖς βουλομένοις, Βούλωνι, Καλλίνῳ, Ἀρίστωνι, Ἀμφίωνι, Λύκωνι, Πύθωνι, Ἀριστομάχῳ, Ἡρακλείῳ, Λυκομήδει, Λύκωνι τῷ ἀδελφιδῷ· προστησάσθωσαν δ᾽ αὐτοὶ ὃν ἂν ὑπολαμβάνωσι διαμενεῖν ἐπὶ τοῦ πράγματος καὶ συναύξειν μάλιστα δυνήσεσθαι· συγκατασκευαζέτωσαν δὲ καὶ οἱ λοιποὶ γνώριμοι κἀμοῦ καὶ τοῦ τόπου χάριν.*

---

[1]) Zeller, a. a. O. S. 922/3.

(4a) *Περὶ δὲ τῆς ἐκφορᾶς καὶ καύσεως ἐπιμεληθήτωσαν Βούλων καὶ Καλλῖνος μετὰ τῶν συνήθων, ὅπως μήτ' ἀνελεύθερος γένηται, μήτε περίεργος·*

(b) *τῶν δὲ ἐν Αἰγίνῃ μοι γενομένων μοριῶν μετὰ τὴν ἐμὴν ἀπόλυσιν καταχωρισάτω Λύκων τοῖς νεανίσκοις εἰς ἐλαιοχρηστίαν, ὅπως κἀμοῦ καὶ τοῦ τιμήσαντος ἐμὲ μνήμη γένηται διὰ τῆς χρείας αὕτη ἡ προσήκουσα·*

(c) *καὶ ἀνδριάντα ἡμῶν ἀναθέτω· τὸν δὲ τόπον, ὅπως ἁρμόττων ᾖ τῆς καταστάσεως, ἐπιβλεψάτω καὶ συμπραγματευθήτω Διόφαντος καὶ Ἡρακλείδης Δημητρίου·*

(d) *ἀπὸ δὲ τῶν ἐν ἄστει Λύκων ἀποδότω πᾶσι παρ' ὧν τι προείληφα μετὰ τὴν ἀποδημίαν τὴν ἐκείνου·*

(e) *παρεχέσθωσαν δὲ Βούλων καὶ Καλλῖνος, καὶ ἃ ἂν εἰς τὴν ἐκφορὰν ἀναλωθῇ, καὶ τὰ ἄλλα τὰ νομιζόμενα. κομισάσθωσαν δὲ ταῦτα ἀπὸ τῶν ἐν οἴκῳ κοινῇ καταλειπομένων ἀμφοτέροις ὑπ' ἐμοῦ. τιμησάτωσαν δὲ καὶ τοὺς ἰατροὺς Πασίθεμιν καὶ Μηδίαν, ἀξίους ὄντας καὶ διὰ τὴν ἐπιμέλειαν τὴν περὶ ἐμὲ καὶ τὴν τέχνην καὶ μείζονος ἔτι τιμῆς.*

(f) *δίδωμι δὲ τῷ Καλλίνου παιδίῳ Θηρικλείων ζεῦγος, καὶ τῇ γυναικὶ αὐτοῦ Ῥοδιακῶν ζεῦγος, ψιλοτάπιδα, ἀμφίταπιν, περίστρωμα, προσκεφάλαια δύο τὰ βέλτιστα τῶν καταλειπομένων· ὡς ἂν ἐφ' ὅσον ἀνήκει πρὸς τιμήν, καὶ τούτων φανῶμεν μὴ ἀμνήμονες ὄντες.*

(5) *Περὶ δὲ τῶν θεραπευόντων ἐμαυτὸν οὕτως ἐξάγω·*

(a) *Δημητρίῳ μὲν ἐλευθέρῳ πάλαι ὄντι ἀφίημι τὰ λύτρα καὶ δίδωμι πέντε μνᾶς καὶ ἱμάτιον καὶ χιτῶνα, ἵνα πολλὰ πεπονηκὼς μετ' ἐμοῦ βίον εὐσχήμονα ἔχῃ.*

(b) *Κρίτωνι δὲ Χαλκηδονίῳ καὶ τούτῳ τὰ λύτρα ἀφίημι καὶ δίδωμι τέτταρας μνᾶς·*

(c) *καὶ τὸν Μίκρον ἀφίημι ἐλεύθερον· καὶ θρεψάτω Λύκων αὐτὸν καὶ παιδευσάτω ἀπὸ τοῦ νῦν χρόνου ἓξ ἔτη·*

(d) *καὶ Χάρητα ἀφίημι ἐλεύθερον· καὶ θρεψάτω Λύκων αὐτόν· καὶ δύο μνᾶς αὐτῷ δίδωμι καὶ τὰ ἐμὰ βιβλία τὰ ἀνεγνωσμένα· τὰ δ' ἀνέκδοτα Καλλίνῳ, ὅπως ἐπιμελῶς αὐτὰ ἐκδῷ·*

(e) *δίδωμι δὲ καὶ Σύρῳ ἐλευθέρῳ ὄντι τέτταρας μνᾶς καὶ τὴν Μηνοδώραν δίδωμι· καὶ εἴ τί μοι ὀφείλει, ἀφίημι αὐτῷ·*

(f) *καί Ἱλαρᾷ πέντε μνᾶς καὶ ἀμφίταπιν καὶ δύο προσκεφάλαια καὶ περίστρωμα καὶ κλίνην ἣν ἂν βούληται·*

(g) *ἀφίημι δὲ ἐλευθέραν καὶ τὴν τοῦ Μίκρου μητέρα καὶ Νοήμονα καὶ Δίωνα καὶ Θέωνα καὶ Εὐφράνορα καὶ Ἑρμείαν·*

(h) *καὶ Ἀγάθωνα δύο ἔτη παραμείναντα ἀφεῖσθαι ἐλεύθερον· καὶ τοὺς φορεαφόρους Ὠφελίωνα καὶ Ποσειδώνιον τέτταρα ἔτη παραμείναντας·*

(i) *δίδωμι δὲ καὶ Δημητρίῳ καὶ Κρίτωνι καὶ Σύρῳ κλίνην ἑκάστῳ καὶ στρώματα τῶν καταλειπομένων, ἃ ἂν φαίνηται Λύκωνι καλῶς ἔχειν. Ταῦτα ἔστω αὐτοῖς ἀποδείξασιν ὀρθῶς, ἐφ' ὧν ἕκαστοι τεταγμένοι εἰσί.*

(6) *Περὶ δὲ τῆς ταφῆς, ἐάν τε αὐτοῦ βούληται Λύκων θάπτειν, ἐάν τε ἐν οἴκῳ, οὕτω ποιείτω. πέπεισμαι γὰρ αὐτὸν οὐδὲν ἧττον ἐμοῦ συνορᾶν τὸ εὔσχημον. Ταῦτα δὲ πάντα οἰκονομήσαντι κυρία ἔστω ἡ δόσις τῶν ἐνταῦθα.*

(7) *Μάρτυρες: Καλλῖνος Ἑρμιονεύς, Ἀρίστων Κεῖος, Εὐφρόνιος Παιανιεύς.*

Der Inhalt des Testamentes ist hiernach in folgende Hauptbestandtheile zu zerlegen:

1. und 2. Den Anfang macht die Hauptvertheilung des Vermögens. Er unterscheidet dabei *τὰ ἐν οἴκῳ πάντα* und *τὰ ἐν ἄστει καὶ ἐν Αἰγίνῃ.* Das erstere sollen die beiden Brüder Astyanax und Lyko haben, das letztere Lyko allein. Diese sind natürlich nicht seine eigenen Brüder, wie Menagius meinte, sondern die Söhne seines Bruders, da der Lyko später als *ἀδελφιδοῦς* bezeichnet wird. Die Bevorzugung des Lyko wird darauf gegründet, dass er denselben Namen habe, wie er, und dass er längere Zeit mit ihm zusammengelebt habe. Dabei wird hinzugefügt: *καθάπερ δίκαιον ἦν τὸν υἱοῦ τάξιν ἐσχηκότα.* Diese „Stellung des Sohnes" könnte man auf eine Adoption beziehen, doch scheint nur ein Pflegeverhältniss gemeint zu sein, da es nur so beiläufig zur Erklärung des Zusammenlebens angeführt wird, und juristisch gar kein Gewicht darauf gelegt wird.

Eigenthümlich ist die Scheidung des Vermögens in *τὰ ἐν οἴκῳ* und *τὰ ἐν ἄστει καὶ ἐν Αἰγίνῃ.* Sie ist ähnlich wie die bei Strato in die *τὰ οἴκοι* und *τὸ ἀργύριον Ἀθήνησιν ὑπάρχον,* und bei Theophrastos *τὰ οἴκοι ὑπάρχοντα* und *τὰ παρ' Ἱππάρχου συμβεβλημένα.* Die Scheidung wäre bei blossen Legaten nicht auffallend, allein offenbar soll sie auch hier, wie bei den andern, das ganze Vermögen umfassen. Sie zerreisst daher auch hier die Einheit des Vermögens und die Universalsuccession, und macht in Betreff der Obligationen und Klagen activ und passiv dieselben Schwierigkeiten wie dort. Doch finden sich hier wenigstens einzelne Anordnungen darüber. Sie sind jedoch nicht zusammengestellt sondern durch das ganze Testament vertheilt. Hier ist zunächst nur bestimmt, dass von dem Vermögen *ἐν οἴκῳ* beide Brüder das Begräbniss und die Todtenopfer und gewisse Schulden, die er in Athen gemacht habe, bezahlen sollen. Die letzteren werden bezeichnet als *ὅσα κατακέχρημαι Ἀθήνησιν παρά τινος ἔχων ἢ ἐκπεπραχώς.* Dieses letzte Wort (von *ἐκπράσσειν*) kann hier unmöglich wie sonst eintreiben, d. h. einklagen, bedeuten, sondern muss Aufnahme von Darlehn oder dgl. bezeichnen.

3. Hierauf folgt die Bestimmung über den *περίπατος.* Dabei hat Lyko die Form des Strato wieder aufgegeben und ist zu der gemeinschaftlichen Hinterlassung des Theophrast zurückgekehrt. Er sagt: *τὸν περίπατον καταλείπω τῶν γνωρίμων τοῖς βουλομένοις,* d. h. denjenigen von den Freunden oder Schülern, die es wollen, und dabei werden dann 10 mit Namen aufgeführt, darunter auch der Neffe Lykon. Hinzugefügt ist, sie sollen einen Vorsteher wählen, der sich am besten mit der Sache befassen und für die Schule sorgen könne, doch möchten auch die andern mit zur Erhaltung beitragen *κἀμοῦ καὶ τοῦ τόπου χάριν.* Dem Vorsteher soll hier offenbar nicht, wie bei Strato, das alleinige Eigenthum zustehen, sondern er soll nur die Verwaltung und Aufsicht haben.

Wie es später nach Lyko's Tode mit dem Garten gegangen ist, wissen wir nicht. Wenn indessen spätere Schriftsteller wie Plutarch und Strabo[1]) noch von dem Garten der Philosophen in oder neben dem *Λυκεῖον* und der Akademie

---

[1]) Zumpt, p. 15.

sprechen, so wird man unter dem ersten sicher den von Theophrast gestifteten zu verstehen haben und annehmen können, dass er in ähnlicher Weise wie bisher der peripatetischen Schule erhalten wurde. [1])

4. Nach dieser allgemeinen Vertheilung des Vermögens, kommt nun eine lange Reihe einzelner Bestimmungen ohne gemeinsamen Zusammenhang:

a) Bulon und Kallinos, die beiden ersten der Schüler, sollen für die Verbrennung und das Begräbniss sorgen, der Sitte gemäss, weder dürftig noch verschwenderisch.

b) Lyko soll von den Oelbäumen des Erblassers in Aegina das nöthige Oel zu einer Erinnerungsfeier hergeben.

c) Auch soll er ihm eine Statue setzen, nach Bestimmung von zwei Personen, die sonst nicht weiter genannt sind.

d) Lyko soll von dem Vermögen *ἐν ἄστει* die Gläubiger befriedigen, von denen er, der Erblasser, nach dessen Abreise Geld aufgenommen habe.

e) Bulon und Kallinos sollen von dem, was ihnen aus dem Vermögen *ἐν οἴκῳ* vermacht ist, dass Begräbniss und die Todtenopfer bezahlen und auch das Honorar der Aerzte, die dabei sehr gerühmt werden.

f) Der Sohn des Kallinos soll ein Paar sog. Therikleische Becher bekommen, und seine Frau verschiedenen Schmuck und Kleider und Teppiche, zum Beweise, dass Lyko sie nicht vergessen habe.

5. Hierauf folgt eine Menge von Verfügungen über die Sklaven, theils Freilassungen, theils Erlass des Loskaufgeldes, theils Legate an Geld und Sachen. Hervorzuheben ist dabei nur:

a) Die unter (d) aufgeführte Freilassung des Sklaven Chares, weil dabei hinzugefügt ist: *δίδωμι αὐτῷ δύο μνᾶς καὶ τὰ ἐμὰ βιβλία τὰ ἀνεγνωσμένα, τὰ δ' ἀνέκδοτα Καλλίνῳ, ὅπως ἐπιμελῶς αὐτὰ ἐκδῷ.* Dies erinnert an das Legat von Strato *τὰ βιβλία πάντα πλὴν ὧν αὐτοὶ γεγράφαμεν.* Die Theilung der Bücher zwischen dem Sklaven und dem Kallinos ist höchst sonderbar. Man muss dabei wohl an ein ähnliches Verhältniss denken, wie oben bei dem Sklaven Pompylos des Theophrast.

---

[1]) Zumpt, die philos. Schulen, S. 15.

b) Die unter (i) genannten Legate von Betten und Decken an Freigelassene sind unter der Bedingung, dass sie die gehörige Ausführung dessen, was einem jeden von ihnen aufgetragen ist, nachweisen. Es entspricht das der bei den Römern so häufigen Bedingung der Freilassung: „si rationes reddiderit.“ [1])

6. Zum Schlusse kommt noch eine Bestimmung über die *ταφή*, nachdem über die *ἐκφορά* und *καῦσις* bereits oben (1c und 4a) verfügt war. Der Erbe Lykon soll die *ταφή* nach seinem Ermessen *ἐν οἴκῳ* oder *αὐτοῦ* annehmen. Was das letztere sei, kann man zweifeln, nach dem Gegensatze von (1a) und (2) kann es nur *ἐν ἄστει* oder *ἐν Αἰγίνῃ* bedeuten.

7. Nach dem Schlusse des Testaments werden auch hier, wie bei Theophrast, die Zeugen genannt, und zwar wie gewöhnlich drei.

Auffallend ist, dass keine *ἐπιμεληταί* ernannt sind. Der Testirer muss den Erben volles Vertrauen geschenkt haben.

V. **Das Testament des Epikur.** († 270 v. Chr.)

Epikur war Bürger von Athen, zwar in Samos geboren (341) und lange von Athen abwesend, dann aber von 306 bis zu seinem Tode 270 v. Chr. in Athen als Philosoph lehrend. [2]) Sein Testament zeichnet sich vor den andern bei mehreren Punkten durch eine grössere Umsicht und Genauigkeit der juristischen Bestimmungen aus. Diogenes (10, 16) leitet es sehr einfach mit den Worten ein: *Καὶ διέθετο ὧδε,* und wiederholt dieses auch am Schlusse nur wörtlich. Er fügt dabei noch einen Brief von Epikur bei, den dieser kurz vor seinem Tode geschrieben habe, und den Cicero [3]) buchstäblich übersetzt und besprochen hat, der jedoch zu dem Testament selber in keiner Beziehung steht. Das Testament hat weder Eingangs- noch Schlussformel, scheint aber im eigentlichen Inhalte doch ganz vollständig überliefert zu sein. Sein Wortlaut ist folgender:

(1) *Κατὰ τάδε δίδωμι τὰ ἐμαυτοῦ πάντα Ἀμυνομάχῳ Φιλοκράτους Βατῆθεν καὶ Τιμοκράτει Δημητρίου*

[1]) D. de condit. l. 81. 82. 111.

[2]) Näheres über ihn s. bei Zeller, 3, 1, 341 ff.

[3]) De fin. 2, 30.

Ποταμίῳ κατὰ τὴν ἐν τῷ Μητρῴῳ ἀναγεγραμμένην ἑκατέρῳ δόσιν.

(2) *Ἐφ᾽ ᾧ τε τὸν μὲν κῆπον καὶ τὰ προσόντα αὐτῷ παρέξουσιν Ἑρμάρχῳ Ἀγεμάρχου Μιτυληναίῳ καὶ τοῖς συμφιλοσοφοῦσιν αὐτῷ καὶ οἷς ἂν Ἕρμαρχος καταλίπῃ διαδόχοις τῆς φιλοσοφίας, ἐνδιατρίβειν κατὰ φιλοσοφίαν. καὶ ἀεὶ δὲ τοῖς φιλοσοφοῦσιν ἀφ᾽ ἡμῶν, ὅπως ἂν συνδιασώσωσιν Ἀμυνομάχῳ καὶ Τιμοκράτει κατὰ τὸ δυνατὸν τὴν ἐν τῷ κήπῳ διατριβὴν παρακατατίθεμαι, τοῖς τ᾽ αὐτῶν κληρονόμοις, ἐν ᾧ ἂν τρόπῳ ἀσφαλέστατον ᾖ, ὅπως ἂν κἀκεῖνοι διατηροῖεν τὸν κῆπον, καθάπερ καὶ αὐτοί, οἷς ἂν οἱ ἀφ᾽ ἡμῶν φιλοσοφοῦντες παραδιδῶσι.*

(3) *Τὴν δὲ οἰκίαν τὴν ἐν Μελίτῃ παρεχέτωσαν Ἀμυνόμαχος καὶ Τιμοκράτης ἐνοικεῖν Ἑρμάρχῳ καὶ τοῖς μετ᾽ αὐτοῦ φιλοσοφοῦσιν, ἕως ἂν Ἕρμαρχος ζῇ.*

(4a) *Ἐκ δὲ τῶν γινομένων προσόδων τῶν δεδομένων ἀφ᾽ ἡμῶν Ἀμυνομάχῳ καὶ Τιμοκράτει, κατὰ τὸ δυνατὸν μεριζέσθωσαν μεθ᾽ Ἑρμάρχου σκοπούμενοι εἴς τε τὰ ἐναγίσματα τῷ τε πατρὶ καὶ τῇ μητρὶ καὶ τοῖς ἀδελφοῖς καὶ ἡμῖν εἰς τὴν εἰθισμένην ἄγεσθαι γενέθλιον ἡμέραν ἑκάστου ἔτους τῇ προτέρᾳ δεκάτῃ τοῦ Γαμηλιῶνος·*

(b) *ὡς καὶ εἰς τὴν γινομένην σύνοδον ἑκάστου μηνὸς ταῖς εἰκάσι τῶν συμφιλοσοφούντων ἡμῖν εἰς τὴν ἡμῶν τε καὶ Μητροδώρου μνήμην κατατεταγμένην·.*

(c) *συντελείτωσαν δὲ καὶ τὴν τῶν ἀδελφῶν ἡμέραν τοῦ Ποσειδεῶνος, καθάπερ καὶ ἡμεῖς· συντελείτωσαν δὲ καὶ τὴν Πολυαίνου τοῦ Μεταγειτνιῶνος.*

(5a) *Ἐπιμελείσθωσαν δὲ καὶ Ἀμυνόμαχος καὶ Τιμοκράτης τοῦ υἱοῦ τοῦ Μητροδώρου Ἐπικούρου καὶ τοῦ υἱοῦ τοῦ Πολυαίνου, φιλοσοφούντων αὐτῶν καὶ συζώντων μεθ᾽ Ἑρμάρχου. Ὡσαύτως δὲ τῆς θυγατρὸς τῆς Μητροδώρου τὴν ἐπιμέλειαν ποιείσθωσαν καὶ εἰς ἡλικίαν ἐλθοῦσαν ἐκδότωσαν ᾧ ἂν Ἕρμαρχος ἕληται τῶν φιλοσοφούντων μετ᾽ αὐτοῦ, οὔσης αὐτῆς εὐτάκτου καὶ πειθαρχούσης Ἑρμάρχῳ. Διδότωσαν δὲ Ἀμυνόμαχος καὶ Τιμοκράτης ἐκ τῶν ὑπαρχουσῶν ἡμῖν προσόδων εἰς τροφὴν τούτοις, ὅ τι ἂν αὐτοῖς κατ᾽ ἐνιαυτὸν ἐπι-*

δέχεσθαι δοκῇ σκοπουμένοις μεθ' Ἑρμάρχου. Ποιείσθωσαν δὲ μεθ' ἑαυτῶν καὶ Ἕρμαρχον κύριον τῶν προσόδων, ἵνα μετὰ τοῦ συγκαταγεγηρακότος ἡμῖν ἐν φιλοσοφίᾳ, καὶ καταλελειμμένου ἡγεμόνος τῶν συμφιλοσοφούντων ἡμῖν ἕκαστα γίνηται. Τὴν δὲ προῖκα τῷ θήλει παιδίῳ, ἐπειδὰν εἰς ἡλικίαν ἔλθῃ, μερισάτωσαν Ἀμυνόμαχος καὶ Τιμοκράτης, ὅσον ἂν ἐπιδέχηται ἀπὸ τῶν ὑπαρχόντων ἀφαιροῦντες, μετὰ τῆς Ἑρμάρχου γνώμης·

(b) *ἐπιμελείσθωσαν δὲ καὶ Νικάνορος, καθάπερ καὶ ἡμεῖς, ἵν' ὅσοι τῶν συμφιλοσοφούντων ἡμῖν χρείαν ἐν τοῖς ἰδίοις παρεσχημένοι καὶ τὴν πᾶσαν οἰκειότητα ἐνδεδειγμένοι, συγκαταγηράσκειν μεθ' ἡμῶν προείλοντο ἐν φιλοσοφίᾳ, μηδενὸς τῶν ἀναγκαίων ἐνδεεῖς καθεστήκωσιν ἐπὶ τὴν ἡμετέραν δύναμιν.*

(6) *Δοῦναι δὲ τὰ βιβλία τὰ ὑπάρχοντα ἡμῖν πάντα Ἑρμάρχῳ.*

(7) *Ἐὰν δέ τι τῶν ἀνθρωπίνων περὶ Ἕρμαρχον γίνηται πρὸ τοῦ τὰ Μητροδώρου παιδία εἰς ἡλικίαν ἐλθεῖν, δοῦναι Ἀμυνόμαχον καὶ Τιμοκράτην, ὅπως ἂν εὐτακτούντων αὐτῶν ἕκαστα γίνηται τῶν ἀναγκαίων κατὰ τὸ δυνατὸν ἀπὸ τῶν καταλελειμμένων ὑφ' ἡμῶν προσόδων. Καὶ τῶν λοιπῶν ἁπάντων ὡς συντετάχαμεν ἐπιμελείσθωσαν, ὅπως δὴ κατὰ τὸ ἐνδεχόμενον ἕκαστα γίνηται.*

(8) *ἀφίημι δὲ τῶν παίδων ἐλεύθερον Μῦν, Νικίαν, Λύκωνα· ἀφίημι δὲ καὶ Φαίδριον ἐλευθέραν.*

Die Disposition des Testamentes ist hiernach folgende:

1. Den Anfang macht hier zum ersten Male eine ganz vollständige Verfügung über das ganze Vermögen mit den Worten *δίδωμι τὰ ἐμαυτοῦ πάντα Ἀμυνομάχῳ καὶ Τιμοκράτει.* Dieses *δίδωμι πάντα* war offenbar der populäre Ausdruck für die Ernennung eines Gesammtnachfolgers, ähnlich wie man bei uns sagt „ich vermache alles was ich habe“. Darum sagt Cicero[1]) ohne weiteres von dem Testamente: ‘sanciit, ut Amynomachus et Timocrates, heredes sui, dent’ etc. Eben darum schliesst auch das *δίδωμι πάντα* durchaus nicht aus,

[1]) De finibus, 2, 31, 101.

dass daneben eine Menge einzelner Legate an Fremde angeordnet werden, wie bei der römischen heredis institutio.

Merkwürdig ist der Zusatz zu dem *πάντα δίδωμι: κατὰ τὴν ἐν μητρώῳ ἀναγεγραμμένην ἑκατέρῳ δόσιν.* Dies scheint eine Verschiedenheit der Erbquoten zu bedeuten, und dabei ist dann sehr auffällig, dass die Bestimmung darüber nicht im Testamente selbst steht, sondern in einer besonderen Schrift aufgeschrieben ist, und weiter, dass diese im *μητρῷον* d. h. dem Staatsarchive, niedergelegt war. Das erstere war indessen auch nach römischem Rechte zulässig bei dem sog. mystischen Testamente,[1]) und die Deposition im Staatsarchive beruht darauf, dass man die Testamente der Sicherheit wegen dem Archonten übergeben konnte.[2])

2. Unmittelbar dahinter kommt hier, wie in den Testamenten der Peripatetiker das Vermächtniss eines Gartens an die Schule. Die Form ist aber hier anders.

Die Schüler bekommen den Garten nicht zu Eigenthum, sondern es wird den beiden Erben auferlegt, dass sie *τὸν κῆπον καὶ τὰ πρόσοντα αὐτῷ παρέξουσιν Ἑρμάρχῳ καὶ τοῖς συμφιλοσοφοῦσιν αὐτῷ ἐνδιατρίβειν κατὰ φιλοσοφίαν.* Dieses *παρέχειν* bedeutet nicht 'dare' oder 'tradere' sondern 'exhibere, praestare,' also zum Aufenthalte und Gebrauche für die Philosophie überlassen. Darum legt Epikur auch andererseits den Schülern auf: *ὅπως συνδιασώσωσι Ἀμυνομάχῳ καὶ Τιμοκράτει κατὰ τὸ δυνατὸν τὴν ἐν τῷ κήπῳ διατριβήν,* d. h. sie sollen mit den beiden Erben zusammen für die Erhaltung des Gartens sorgen. Die Schüler bekommen also neben dem Rechte auch eine Pflicht. Beides geht zunächst nur auf die vorhandene erste Generation. Es soll aber natürlich auch später so fortdauern, und dafür sorgt Epikur genauer als die obigen Testamente durch folgende drei Bestimmungen:

a. Das Recht wird den Nachfolgern gegeben durch einen Zusatz, der zu den Worten *Ἑρμάρχῳ καὶ τοῖς συμφιλοσοφοῦσιν* hinzugesetzt ist: *καὶ οἷς ἂν Ἕρμαρχος καταλίπῃ*

---

[1]) Z. B. „ex qua parte codicillis Titium heredem scripsi, heres esto.“ L. 36 de H. J. Aehnlich bei Legaten in L. 38 de condition. et dem.

[2]) Herrmann, gr. Privatalterth. § 65 n. 9.

διαδόχοις τῆς φιλοσοφίας. Die *διάδοχοι* sind nur die nächsten Nachfolger, da nur ihnen Hermarch etwas hinterlassen konnte.

b. Die Pflicht wird allen, sowohl den Vorgängern als den Nachfolgern, auf einmal auferlegt, indem sie zusammengefasst werden mit den Worten: *καὶ ἀεὶ τοῖς φιλοσοφοῦσιν ἀφ' ἡμῶν, ὅπως ἂν συνδιασώσωσιν Ἀμυνομάχῳ* etc.

c. Anderseits soll aber auch die Pflicht der beiden Erben wieder auf ihre weiteren Erben übergehen; daher heisst es: *τοῖς τ' αὐτῶν κληρονόμοις, ὅπως ἂν κἀκεῖνοι διατηροῖεν* (conservent) *τὸν κῆπον.* Dabei ist der Vergleich hinzugefügt: *καθάπερ καὶ αὐτοί, οἷς ἂν οἱ ἀφ' ἡμῶν φιλοσοφοῦντες παραδιδῶσι.* Dies ist zweideutig aber so zu verstehen: die Erben der Erben sollen die Pflicht des *παρέχειν* ebenso haben, wie andrerseits die Nachfolger der Philosophen die Pflicht des *συνδιασώζειν.* Denn die *κληρονόμοι* können natürlich nicht die Erben der Philosophen bedeuten, da ja sonst der Garten auch an unphilosophische Erben hätte kommen können; und „die, denen meine Philosophen ihn geben", können nicht jene Erben sein, sondern nur die Nachfolger der ersten Philosophen. Der Vergleich, das *καθάπερ,* beruht also wesentlich auf der gegenseitigen Pflicht des *παρέχειν* und des *συνδιασώζειν.*

Der ganze Satz ist äusserst complicirt angelegt, aber doch juristisch richtig gedacht, und offenbar mit viel mehr Umsicht abgefasst, als die ähnlichen Bestimmungen in den andern Testamenten. Um so interessanter ist es in rechtlicher Beziehung, dass auch Epikur noch nicht die Idee einer eigentlichen rechtlichen Stiftung als selbständiger juristischer Person fasst, aber auch nicht an Corporation denkt, sondern das ganze auch nur auf die einzelnen Personen stellt. Er denkt sich das Verhältniss als eine Art Gebrauchs-Vermächtniss in folgender Weise:

a. Belastet sind die beiden Erben und ihre weiteren Erben. Eine solche Belastung der Erbeserben ist nach römischem Rechte unzweifelhaft zulässig.[1]

b. Berechtigt sind zunächst Hermarchus und seine *συμφιλοσοφοῦντες*, dann diejenigen, denen Hermarchus das Recht hinterlässt, *καταλίπῃ.* Dabei liegt die Idee des suc-

[1] L. 5 § 1 de leg. III.

cessiven Fideicommisses oder der fideicommissarischen Substitution zu Grunde. Das καταλείπειν ist nicht als ein selbständiges Recht des Hermarchus zu denken, sondern: da er nur an die διάδοχοι hinterlassen darf, und ἀεὶ οἱ φιλοσοφοῦντες ἀφ' ἡμῶν den Garten haben sollen, so haben alle spätern doch den eigentlichen Grund ihres Rechtes in der Verfügung des Epikur selber, und dem Hermarchus ist nur ein beschränktes Recht der Auswahl gegeben, was bei Fideicommissen nach römischem Rechte stets zulässig ist.[1])

c. Die Verpflichtung der zukünftigen Berechtigten beruht auf dem Principe, dass der Erblasser einem jeden, dem er einen Vortheil zuwendet, insoweit auch eine Last auferlegen kann.[2])

Genau genommen geht eigentlich die ganze Ausdehnung nur bis auf die zweite Generation, nämlich die διάδοχοι des Hermarchos und die κληρονόμοι der beiden Erben, indessen versteht sich, dass die Absicht auch auf die ferneren Generationen gerichtet war, und der Ausdruck ἀεὶ οἱ φιλοσοφοῦντες ἀφ' ἡμῶν hat offenbar diese ganz allgemeine Fortdauer im Sinne. Doch fehlt es formell an einer genügenden Bestimmung dafür.

3. Für die Lebenszeit des Hermarchos wird noch ein besonderes Legat für ihn und die μετ' αὐτοῦ φιλοσοφοῦντες ausgesetzt, nämlich dass ihnen die beiden Erben das Haus des Epikur in Melite zur Wohnung einräumen sollen.

4. Hierauf werden mehrere besondere Gedächtnissfeiern angeordnet, die von den Erben aus den Erbschaftseinkünften bestritten werden sollen, nämlich:

a) eine Leichenfeier für Epikurs Vater, Mutter, Brüder und ihn selbst einmal im Jahre am 10. Gamelion (d. h. Ende Januars);

b) zur Erinnerung an ihn und seinen Schüler Metrodorus soll am 20. eines jeden Monats eine Zusammenkunft der συμφιλοσοφοῦντες ἡμῖν gehalten werden;

c) der Festag seiner Brüder im Monat Poseideon und der des Polyänos sollen gefeiert werden, wie er selber sie gefeiert habe.

---

[1]) Z. B. L. 7 § 1 D. de reb. dub. (34, 5).

[2]) L. 1 § 6 D. de leg. III.

Es sind dieses die berühmten Feste, die die Epikureer noch zu Plinius'[1]) Zeit feierten, und von denen Cicero[2]) sagt, man begreife ihre Anordnung von Epikur nicht, da er jede Fortdauer nach dem Tode leugne.

5. Es folgen Bestimmungen für die Kinder seiner Schüler Metrodorus und Polyänos, namentlich für die Tochter des ersteren; die beiden Erben sollen für sie sorgen und wenn die Tochter erwachsen sei, sollen sie sie dem zur Frau geben, den Hermarchos aus den *φιλοσοφοῦντες μετ' αὐτοῖς* aussuchen werde, wobei, wohl als eine Art Mahnung an das Mädchen, hinzugefügt wird: *οὔσης αὐτῆς εὐτάκτου καὶ πειθαρχούσης Ἑρμάρχῳ*.

Für alle drei sollen sie die nöthigen Alimente aus den Einkünften des Vermögens nehmen unter Befragung des Hermarchos. Ueberhaupt sollen sie diesen neben sich zum *κύριος τῶν προςόδων* machen, da er mit ihm in der Philosophie alt geworden sei, und als *ἡγεμών* der Mitphilosophen hinterlassen sei. Daher soll namentlich der Betrag der dos für die Tochter nach der Ansicht des Hermarchos bestimmt werden.

Ferner sollen sie für Nikanor sorgen, wie Epikur selber es schon gethan, damit keiner von denen, die ihm in der Philosophie beigestanden und Hülfe gewährt hätten und mit ihm alt darin geworden wären, Noth litte, so weit er es verhindern könnte.

6. Die Bücher sollen sämmtlich dem Hermarchos gegeben werden, ohne alle Unterscheidung wie bei Strato und Lyko.

7. Sollte Hermarchos sterben, so sollen die beiden Erben alles angeordnete nach Möglichkeit aus der Erbschaft ausführen.

8. Den Schluss machen Freilassungen von vier Sklaven.

[1]) Plin. h. n. 35, 5.

[2]) Cic. de fin. 2, 31: „idque testamento cavebit is, qui nobis quasi oraculum ediderit, nihil post mortem ad nos pertinere?"

Zur Lehre vom Widerruf der Testamente.

Von Herrn Professor Dr. **Paul Krüger**

in Königsberg.

In meinem Aufsatze über den formlosen Widerruf der Testamente (Kritische Versuche S. 1—40) sind folgende Sätze ausgeführt:

1. Nach ius civile kann ein Testator sein Testament nur durch Errichtung eines neuen Testaments aufheben.

2. Das Edikt stellt für die bonorum possessio secundum tabulas formell die Bedingung auf, das schriftliche Testament müsse mit 7 Siegeln verschlossen und wenigstens bis zur Todeszeit insoweit unversehrt geblieben sein, dass linum und Siegel unverletzt und die Erbeinsetzungen lesbar seien.[1]) Ob die Zerstörung oder Beschädigung vom Testator ausgegangen oder ohne Wissen und Willen desselben eingetreten, ist unerheblich.

3. Dagegen wird jeder formlose Widerruf der testamentarischen Verfügungen durch exceptio doli sowohl gegen die instituti als gegen die Legatare geschützt.[2]) Doch steht die exceptio gegen die instituti unbedingt nur den ab intestato Berufenen zu. Nämlich sind sie heredes, so machen sie die bonorum possessio secundum tabulas zur bonorum possessio sine re, da die zu Gunsten der prätorischen Testamentserben von Pius gewährte exceptio doli[3]) um des Widerrufs willen versagt. Ist hingegen das Testament nur dem ius civile entsprechend errichtet, oder sind linum oder Siegel des iure utroque errichteten Testaments beseitigt, so wird in gleicher Weise die den instituti heredes gegen das interdictum Quorum bonorum der bonorum possessores ab intestato zustehende exceptio doli generalis durch den Widerruf entkräftet.[4]) Ist das Testament iure utroque errichtet und linum und Siegel unverletzt, so bleibt der Widerruf wirkungslos, da niemand

---

[1]) L. 1 § 3 de his quae in test. del. (28, 4) l. 1 § 3. 7 de b. p. s. t. (37, 11) l. 1 si tab. test. ext. (37, 2).

[2]) L. 4 § 10 de doli exc. (44, 4) l. 1 § 8 si tab. test. nullae ext. (38, 6).

[3]) Gai. 2, 120.

[4]) Vgl. l. 19 § 1 de r. i. (50, 17).

da ist, der die exceptio doli geltend machen könnte.[5]) Ist nach einem iure civili oder iure utroque errichteten Testament ein zweites nur iure praetorio gemacht, so haben die bonorum possessores secundum tabulas gegen die instituti heredes des ersten Testaments nur dann die exceptio doli, wenn sie zugleich die Intestaterben sind.[6]) Ist endlich der Widerruf nur gegen einen der instituti gerichtet, so steht den Miterben keine exceptio doli gegen ihn zu; nur etwaige Prälegate desselben werden durch die exceptio wirkungslos gemacht.[7])

4. Unter Umständen tritt in den Fällen, wo niemand da ist, um den Widerruf der Erbeinsetzungen durch exceptio doli geltend zu machen, Entziehung der Erbschaft durch den Fiskus wegen des Widerrufs ein; richtet sich der Widerruf gegen das ganze Testament, so werden auch die Legate nicht aufrecht erhalten.[8]) Die blosse Gewissheit, dass der Testator das Testament habe zurückziehen wollen, oder nachträglich eingetretene Feindschaft mit den eingesetzten Erben genügt nicht, dieselben als indigni zu behandeln.[9])

Gegen diese Sätze ist zum Theil Widerspruch erhoben in der neuesten Bearbeitung der bonorum possessio secundum tabulas von Leist;[10]) nur den ersten Satz hat Leist voll anerkannt, doch bestreitet er S. 153 f., dass derselbe, wie ich meine, mit der allgemeinen Regel des contrarius actus zusammenhänge. So wie dieselbe von Ulpian in l. 35 de r. i. (50, 17) wiedergegeben wird: 'nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est,' bezieht sie sich freilich nur auf perfekte Rechtsgeschäfte, ja man könnte sogar sagen,

---

[5]) Kritische Versuche S. 27.

[6]) L. 2 de iniusto (28, 3).

[7]) L. 22 de adimendis (34, 4).

[8]) L. 2—4 de his quae intest. del. (28, 4) l. 12 de his quae ut indignis (34, 9) l. 4 C. de his quibus ut indignis (6, 35).

[9]) L. 22 de adimendis (34, 4) l. 36 § 3 de test. mil. (29, 1).

[10]) Glück's Pandekten, Serie der Bücher 37. 38 Bd. IV S. 140—300. Einige der von Leist gemachten Einwendungen (z. B. S. 209), beruhen auf Missverständniss meines Aufsatzes; es ist dabei übersehen, dass der erste Theil desselben von der bisher herrschenden Ansicht ausgehend nachweist, wie diese die Quellenstellen mit einander in Widerspruch setzen würde, während hernach (vgl. insbesondere S. 20. 28) gezeigt wird, dass bei meiner Auffassung die Widersprüche wegfallen.

nur auf Verträge;[11]) aber ist denn dies die ursprüngliche und erschöpfende Fassung?[12]) Und wenn Leist darauf hinweist, dass das ius civile keinen selbständigen Widerruf des Testaments entwickelt hat, sondern ein neues vollständiges Testament zur Entkräftung des früheren Testaments verlangt, so geht das allerdings über das Erforderniss des contrarius actus hinaus, widerlegt doch aber nicht, dass auch ihm damit Rechnung getragen worden.

Den zweiten der von mir aufgestellten Sätze erweitert Leist S. 206 dahin, dass zufällige oder durch Dritte bewirkte Verletzung des linum und der Siegel vor dem Tode des Testators die bonorum possessio secundum tabulas nicht ausschliessen soll. Mein Bedenken[13]) gegen diese Auffassung von l. 1 § 10 cit., dass sie im Widerspruch stehe mit dem Erforderniss der unversehrten Existenz des Testaments mortis tempore (vgl. insbesondere § 3 derselben Stelle), bleibt zwar bestehen, trotzdem scheinen mir jetzt Zusammenhang und Fassung von l. 1 § 10. 11 cit. die Beziehung auf eine Beschädigung nach dem Tode des Testators, wie in l. 1 § 3 de his quae in test. del. (28, 4), nicht zuzulassen.[14]) Danach bekommt freilich das Erforderniss mortis tempore tabulas signatas extare die dem Wortsinn widersprechende Erweiterung, dass es die mortis tempore offenen, aber nicht vom Testator selbst geöffneten Testamente mit umfasst, und es fehlt die innere Begründung des Gegensatzes, dass die vor dem Tode durch Zufall oder durch Dritte herbeigeführte gänzliche Vernichtung der Urkunde oder das Unlesbarwerden derselben die bonorum possessio secundum tabulas ausschliesst.[15])

---

[11]) Leist Wechselbeziehung zwischen Rechtsbegründung und Rechtsaufhebungsart S. 6 f.

[12]) Man vergleiche die stets wechselnde Fassung in l. 100. 153 eod. l. 80 de solut. (46, 3).

[13]) Kritische Versuche S. 24 Nr. 2.

[14]) Die Möglichkeit von Streichungen seitens der Kompilatoren legt l. 30 C. de test. (6, 23) nahe, wo berichtet wird, dass bei den älteren Juristen die Gültigkeit des Testaments streitig war, wenn das linum zufällig oder vom Testator ganz oder theilweise verletzt war.

[15]) Uebrigens verleugnet Leist S. 215 unter bb seine eigne Auffassung, indem er annimmt, dass es beim cancellare u. s. w. des Inhalts der Urkunde, welches nicht ohne Oeffnung derselben vor sich gehen

Der Hauptwiderspruch von Leist richtet sich gemeinsam gegen den zweiten und dritten Satz. Leist erkennt nur zwei von einander unabhängige Fälle des durch exceptio doli geltend gemachten Widerrufs an, Zerstörung der Solennitätsmerkmale der Urkunde in der Absicht zu widerrufen und den in der Adrogation des Testators liegenden stillschweigenden Widerruf des früher errichteten Testaments; der allgemeine Satz in l. 4 § 10 de doli exc.: 'heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli mali repellitur' wird ihm zu einer verkehrten Abstraktion, während für mich der obige zweite Fall eine Bestätigung des allgemeinen Grundsatzes abgab. Nach Leist's Ansicht steht ferner die exceptio doli den bonorum possessores ab intestato gegen die instituti heredes nur dann zu, wenn der Widerruf des Testaments sich nicht auf die Zerstörung des linum oder der Siegel beschränkt, sondern ausserdem sich noch als der Wille ab intestato beerbt zu werden kundgegeben hat. Ebenso sollen die instituti des älteren Testaments nur dann gegen die instituti des jüngeren, aber widerrufenen Testaments siegen, wenn zu der Zerstörung von linum oder Siegel noch die Erklärung hinzutritt, dass damit das Wiederinkraftsetzen des früheren Testaments beabsichtigt war. [16]) Dazu tritt noch die Annahme Leist's, dass wo die exceptio doli wegen Widerrufs den instituti entgegensteht, welche an sich bonorum possessio secundum tabulas agnosciren könnten, die ertheilte bonorum possessio hinterdrein als per exceptionem non data erscheine und die Delation der bonorum possessio an die hinter den instituti stehenden Erbberechtigten nicht hindere. [17])

Der letztgedachte Satz ist nicht unter Beweis gestellt, [18]) sondern der Auffassung einzelner Stellen zu Grunde gelegt; wie wenig diese einen Anhalt dafür geben, werden wir unten sehen; hier genügt es darauf hinzuweisen, dass er im Wider-

---

konnte, darauf nicht ankomme, ob dies vom Testator oder von Dritten geschehen, weil, wenn die Urkunde nicht wieder signirt worden, die b. p. s. t. ausgeschlossen bleibe.

[16]) S. 222 f. 228 f.

[17]) S. 148 f.; vgl. Bd. I derselben Serie S. 457.

[18]) Leist begnügt sich mit dem Hinweis auf den Satz, dass der Gläubiger, dem eine exceptio perpetua entgegenstehe, praktisch als Nichtgläubiger behandelt werde l. 7 § 8 de dolo (4, 3). Diese Parallele ist verfehlt.

spruch steht mit der von Leist selbst [19]) gegebenen Charakteristik der bonorum possessio non data, wonach ihr Mangel von jedem Gegner des vermeintlichen bonorum possessor geltend gemacht werden kann, während die exceptio doli doch nur bestimmten Erbberechtigten zusteht.

Es fragt sich also nun, ob nach den Quellen zur Herbeiführung der bonorum possessio ab intestato cum re genüge, dass der Testator das Testament vernichte oder linum oder Siegel zerstöre, oder ob noch eine Erklärung seinerseits erforderlich sei, dass er dadurch Intestaterbfolge herbeizuführen beabsichtigte, ferner ob es in der Macht des Testators stehe, wenn er zwei Testamente gemacht hat, durch seine Erklärung bei Zerstörung des jüngeren Testaments zu bestimmen, ob die instituti des früheren Testaments oder die Intestaterben den Nachlass bekommen sollen.

L. 1 § 8 si tab. test. nullae ext. (38, 6) [20]) spricht direkt gegen Leist; er will zwar aus den Worten 'voluitque intestato decedere' eine ausdrückliche dahingehende Erklärung herauslesen, übersieht aber, dass diese Worte nach der Konstruktion nicht eine zweite Bedingung für den Nachsatz enthalten können, dass sie vielmehr nur als Begründung für den gegen die instituti gerichteten Willen, auf den es allein ankommt, gesetzt sind. [21])

Ebenso ist in l. 1 § 3 de his quae in test. del. (28, 4) [22]) entschieden nicht an eine ausdrückliche Erklärung die Intestaterben rufen zu wollen gedacht. [23])

---

[19]) Band I S. 459 f.

[20]) Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae vel quia cancellatae vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit voluitque intestato decedere, dicendum est ab intestato rem habituros eos qui bonorum possessionem acceperunt.

[21]) Darum haben auch die griechischen indices (Anonymus und Cyrillus) die obigen Worte weggelassen.

[22]) Sed consulto quidem deleta petentes exceptione (exc. pet. Flor.) repelluntur, inconsulto vero non repelluntur, sive legi possunt sive non possunt, quoniam si totum testamentum non extet, constat valere omnia quae in eo scripta sunt. et si quidem illud concidit testator, denegantur actiones, si vero alius invito testatore, non denegabuntur.

[23]) Die Bemerkungen Leist's über die von Mommsen und mir vorgeschlagenen Aenderungen des Schlusses der Stelle heben die Schwierigkeit nicht; übertrieben ist, dass ein Scholiast des 3—5 Jahrhunderts den

In l. 2 eod. werden die Wirkungen der Durchstreichung des Testaments oder einzelner Erbeinsetzungen behandelt, wenn das Testament hernach wieder zugesiegelt worden. Durch die Zusiegelung ist die bonorum possessio secundum tabulas wieder zuständig geworden und an eine Berufung der Intestaterben ist in der ganzen Stelle nicht gedacht, so dass ein sowohl iure civili als iure praetorio gültiges Testament vorliegen musste, was ohnehin die nächstliegende Voraussetzung ist. Fraglich ist nur, inwieweit der Fiskus die Erbschaft einzieht. Dafür ist die Absicht des Testators entscheidend; hat er ausdrücklich nur um eines institutus willen das ganze Testament durchstrichen, so wird den übrigen instituti die Erbschaft nur dann entzogen, wenn der Widerruf nachweislich sich nicht auf den einen institutus beschränken sollte. Diese Stelle beweist also nach keiner Seite. Leist S. 228 ff. (vgl. S. 214 Nr. 5) scheint freilich anzunehmen, dass, wenn der Testator erklärt hätte, die Intestaterben sollten eintreten, diese zur bonorum possessio ab intestato gerufen würden; das soll vielleicht dadurch ermöglicht werden, dass die zweifellos zustehende bonorum possessio secundum tabulas als non data nach der oben S. 56 erwähnten Theorie Leist's behandelt werde.[24])

Genau ebenso wird derselbe Fall in l. 16 § 2 de his quae ut indignis (34, 9) entschieden.

L. 3 pr. de his quae in test. del. bespricht die auch in l. 2 eod. berührte Frage wegen der Legate, wenn die Erbeinsetzungen allein durchstrichen sind und der Fiskus die Erbschaft einzieht. Konkurrenz der Intestaterben neben den instituti als heredes oder bonorum possessores ist damit ausgeschlossen, also auch hier kein Zweifel, dass ein utroque iure gültig errichtetes und nach der Ausstreichung wieder versiegeltes

---

Geist Ulpians hätte haben müssen, um die Worte 'constat valere . . . sunt,' welche Mommsen als Glosse streicht, zu finden.

[24]) Auf einem Versehen beruht in meinen kritischen Versuchen S. 7 die Aeusserung, dass, wenn dem ausgestrichenen institutus substituirt worden und die Substitution nicht mit ausgestrichen ist, der Substitut den institutus verdränge. Nur deshalb wird der Substitut erwähnt, weil naheliegt, dass der institutus, da ihm der Antritt doch keinen Gewinn verschafft, ausschlagen und so den Fiskus ausschliessen werde; an eine bedingte Einsetzung mit Leist S. 231 zu denken liegt zu fern.

Testament vorausgesetzt ist, gerade wie in l. 16 § 2 cit. Leist S. 233 nimmt eine Wiederzusiegelung nicht an, sondern meint, die bonorum possessio ab intestato sei nur deshalb ausgeschlossen, weil der Erblasser nicht ausdrücklich auf die Intestaterbfolge als seinem Willen entsprechend hingewiesen habe; er beruft sich dafür auf die Worte 'non et illud interdum credi potest eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret.' Diese Worte beziehen sich aber nach dem Zusammenhang nur auf die Frage, ob man nicht annehmen dürfe, mit der Durchstreichung der Erbeinsetzungen habe der Testator zugleich die Legate widerrufen; es ist nicht entfernt daran gedacht bei Bejahung der Frage den Fiskus durch die Intestaterben ausschliessen zu lassen.

In l. 4 eod.[25]) sagt Papinian, Vernichtung eines von mehreren Exemplaren desselben Testaments stehe den instituti nicht entgegen; hierzu bemerkt Paulus, dass, wenn der Testator das Testament aufgeschnitten hat und sich nachweisen lässt, dass er dies in der Absicht ab intestato beerbt zu werden gethan hat, den instituti die Erbschaft entzogen werde. In den kritischen Versuchen S. 10 hatte ich angenommen, dass Papinian noch nicht die exceptio doli auf Grund des Widerrufs kannte, so dass sich daraus die Berichtigung des Paulus erkläre. Leist S. 203 meint hingegen, Papinian rede von einer Vernichtung der Urkunde ohne Aufhebungswillen; das scheint doch aber undenkbar, dass, wenn von diesem die Entscheidung abgehangen hätte, Papinian über den nächstliegenden Fall des Widerrufs stillschweigend weggegangen wäre und nur den Ausnahmefall besprochen hätte. Vielmehr muss es in dem Fall, welchen Papinian vor Augen hatte, auf die Absicht des Testators nicht angekommen sein, und deshalb nehme ich, indem ich die Vermuthung einer späteren Einführung der exceptio doli zurück-

[25]) Papinianus: Pluribus tabulis eodem exemplo scriptis unius testamenti voluntatem eodem tempore dominus sollemniter complevit. si quasdam tabulas in publico depositas abstulit atque delevit, quae iure gesta sunt, praesertim cum ex ceteris tabulis quas non abstulit res gesta declaretur, non constituentur irrita. Paulus notat: sed si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas et hoc adprobaverint hi qui ab intestato venire desiderant, scriptis avocabitur hereditas.

ziehe, jetzt an, dass Papinian und Paulus verschiedene Fälle voraussetzten, nämlich Paulus denjenigen, wo durch Zerschneidung des linum die bonorum possessio ab intestato eröffnet worden, so dass er das in publico deponirte Exemplar als das eigentliche Testament, die anderen als Abschriften auffasst, wie in l. 1 § 7 de b. p. s. t. (37, 11), während Papinian alle Exemplare gleichmässig als Testamente gedacht hatte, also bonorum possessio ab intestato gemäss l. 1 § 5 eod. ausschloss.[26])

Es kommt ferner in Betracht l. 2 de iniusto (28, 3), wonach die instituti des posterius testamentum imperfectum nur dann sich gegen die instituti des vollgültigen älteren Testaments behaupten können, wenn sie zugleich Intestaterben wären. Leist S. 237 übersieht, dass diese Beschränkung seiner Theorie widerspricht, denn ausdrücklicher als durch die Einsetzung kann der Testator gar nicht auf die instituti des zweiten Testaments hinweisen, warum also müssen es gerade die Intestaterben sein?

Auch in der Erklärung von l. 11 § 2 de b. p. s. t. (37, 11) ist Leist fehlgegangen. Papinian entscheidet hier: aus einem durch Arrogation des Testators entkräfteten Testament stehe zwar, wenn der Testator sui iuris gestorben, (wie in den übrigen Fällen der capitis deminutio) die bonorum possessio secundum tabulas zu, werde aber wegen des in der Arrogation liegenden Widerrufs durch exceptio doli entkräftet,[27]) falls nicht der Testator, nachdem er sui iuris geworden, erklärt habe, dass das Testament gelten solle. Abgesehen also von dem letzteren Fall genügt der stillschweigende Widerruf ohne Hinweis auf die Intestaterben, um diese zu heredes cum re zu machen. Um diesem Schluss zu entgehen, trägt Leist S. 181[28]) in die Stelle die Voraussetzung hinein, dass den instituti kein civiler Intestaterbe gegenüberstehe, und beruft sich dafür auf Gai. 2,

[26]) Leist, S. 195 N. 92 übersetzt Papinian so, als sei bei dem Formalakt der Testamentserrichtung nur eine Urkunde benutzt und diese deponirt und hernach zerstört worden; er setzt also unius testamenti gleich unarum tabularum. Dabei ist übersehen, dass es hernach heisst, si quasdam tabulas . . . abstulit, nicht has ipsas.

[27]) Vgl. l. 8 § 3 de iure codic. (29, 7).

[28]) Ebenso Windscheid Pandekten § 563 A. 7.

149 (si nemo sit alius iure civili heres). Letztere Stelle ist aber nicht beweisend, da sie einerseits lückenhaft gelesen ist, andererseits Gaius mit veluti nicht nothwendig den einzigen Fall, in welchem die instituti obsiegen, anführt;[29]) und selbst wenn Gaius die bonorum possessio nur beim Ausfall oder bei Repudiation der legitimi heredes cum re sein liesse, so müssten wir auf Grund unserer Stelle eine spätere Rechtsänderung annehmen, da wir sonst keine Intestaterben hätten, welche den instituti die exceptio doli entgegenstellen könnten, und dürfen nicht etwa aus der Stelle den Leist'schen Satz von der bonorum possessio secundum tabulas per exceptionem non data ableiten.

Mit dem Fall der Adrogation vergleicht Papinian die Errichtung eines neuen Testaments und Wiederinkraftsetzung des älteren Testaments durch Oeffnung des zweiten. Leist S. 212 nimmt an, beide Testamente seien nur iure praetorio errichtet, so dass den instituti des ersten Testaments als bonorum possessores nicht die instituti des zweiten Testaments, sondern die legitimi heredes gegenüberständen. Es liegt aber kein Grund vor, von dem nächstliegenden Fall, dass beide Testamente iure utroque errichtet waren, abzugehen. Auch wenn man die Worte 'non enim de iure testamenti maxime quaeritur, sed viribus exceptionis' auf diesen Fall mit beziehen will (denn zunächst gehen sie nur auf den Hauptfall der Stelle), stehen sie dieser Annahme nicht entgegen; sie sagen nur mit Rücksicht auf die prätorische Gültigkeit des älteren Testaments, es stehe nicht sowohl das Recht des Testaments in Frage, als vielmehr die Kraft der exceptio; es ist das dieselbe Argumentation, wie bei der Wiederbelebung einer durch pactum de non petendo aufgehobenen Obligation durch nachfolgendes pactum de petendo, um dem Einwand zu begegnen, dass nudum pactum keine Klage erzeuge. Es fragt sich nun, ob Papinian eine ausdrückliche Erklärung verlangt, das frühere Testament solle wieder in Kraft treten. Die Worte 'ut priores supremas relinqueret' weisen nicht gerade darauf hin, sondern könnten wie das 'intestato decedere velle' eine stillschweigende Willens-

---

[29]) Vgl. l. 12 pr. de iniusto (28, 3), wo auf ein Rescript von Hadrian Bezug genommen wird. Leist S. 248 N. 28 sucht dies durch Annahme einer Interpolation zu beseitigen.

erklärung meinen. Praktisch liegt jedoch die Wahrscheinlichkeit dieser Absicht des Testators nicht gerade näher, als der Schluss aus dem Stillschweigen des adrogatus, dass er nach Wiedererlangung der testamenti factio bei dem vor der Adrogation errichteten Testament habe stehen bleiben wollen. Das kann freilich nicht ganz vermieden werden, dass Fehlgriffe des Erblassers in der Art der Verfügung zu Resultaten führen, welche seinem Willen widersprechen; aber wahrscheinlich ist doch auch das nicht, dass man auf eine nicht einmal regelmässig zutreffende Vermuthung hin die exceptio doli der instituti des zweiten Testaments gegen die als bonorum possessores auftretenden instituti des älteren Testaments hätte zerfallen lassen. Dagegen ist wie oben die Vermuthung Leist's abzulehnen, dass die bonorum possessio secundum tabulas aus dem älteren Testament durch die Erklärung des Testators, er wolle ab intestato beerbt werden, zur non data werde und somit bonorum possessio ab intestato eröffnet werde.

Die letzte Stütze für Leist's Theorie sind die Worte der l. 4 C. de his quibus ut indignis (6, 35)[30] 'non iure ad alium translata', woraus er schliesst (S. 229), die Ereption trete nur deshalb ein, weil ein positiver Hinweis des Testators auf einen anderen fehle; hätte also der Erblasser erklärt, ein Miterbe oder der nächste Intestaterbe solle diesen Erbtheil bekommen, so würde Leist diesem bonorum possessio secundum tabulas oder ab intestato auf denselben geben und die bonorum possessio secundum tabulas des institutus durch exceptio doli entkräften. Die obigen Worte haben aber einen anderen höchst einfachen Hintergrund; sie sind als Bedingung gemeint, indem die Ereption wegfällt, wenn der indignus nicht antritt, also sein Erbtheil entweder an den Substituten oder iure adcrescendi an die Miterben fällt.

Das Ergebniss der Quellen ist also für die klassische Zeit:

1. Der durch Zerstörung des linum, der Siegel oder des ganzen Testaments bekundete Widerruf des Testaments genügt, um den Intestaterben bonorum possessio cum re zu verschaffen.

---

[30]) Hereditas in testamento data per epistulam vel codicillos adimi non potuit. quia tamen testatrix voluntatem suam non mereri unum ex heredibus declaraverat, merito eius portio non iure ad alium translata fisco vindicata est (a. 223).

2. Wenn dem zerstörten Testament ein anderes voraufgegangen und der Testator beabsichtigt hat dies durch den Widerruf des letzten wieder zu Kräften zu bringen, bedurfte es einer dahingehenden Erläuterung des Widerrufs, um den bonorum possessores aus dem älteren Testament gegenüber den instituti aus dem zweiten Testament als heredes den Nachlass zu sichern; anderenfalls siegte gemäss Gai. 2, 148 der heres, sei es der institutus des zweiten Testaments, wenn dieses iure civili errichtet war,[31]) sei es der legitimus, wenn beide Testamente nur iure praetorio errichtet waren.

Aus den oben besprochenen Stellen l. 2. 3 pr. de his quae in test. del., l. 16 § 1 de his quae ut indignis und l. 4 C. de his quibus ut indignis ergiebt sich noch die Unrichtigkeit des von Leist S. 215 aufgestellten Satzes, Wiederzusiegelung des Testaments stelle die inzwischen erfolgten Aenderungen des Inhalts den ante consummationem testamenti vorgenommenen gleich, so dass alles durchstrichene pro non scripto gelte;[32]) denn diese Stellen nehmen civile und prätorische[33]) Gültigkeit der durchstrichenen Erbeinsetzungen an.

Das geschichtliche Verhältniss der exceptio doli zur bonorum possessio secundum tabulas denkt sich Leist S. 267 so: durch die Bedingung der letzteren, dass die Urkunde im äusserlich unverletzten Zustande vorhanden sein müsse, wurde zunächst für das prätorische Testament die Möglichkeit der Kassirung geschaffen; dies erkannte man als einen Fortschritt an, und es lag nahe, dass der Prätor denselben durch exceptio doli auf die civilen Testamente übertrug. Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass die Bedingungen des Edikts für die bonorum possessio secundum tabulas weder zu Cicero's Zeit noch in seiner definitiven Gestaltung irgendwie mit dem Widerruf des Testaments zusammenhängen, dass deshalb auch gegen

---

[31]) Kämen die Intestaterben ex successorio edicto an die Reihe, was wegen der Aussichtslosigkeit der bonorum possessio secundum tabulas nahe lag, so würden sie auf Grund der Erklärung des Erblassers, er wolle ab intestato beerbt werden, gegen den heres institutus des zweiten Testaments gesiegt haben, kaum aber wie im Falle der l. 1 § 8 si tab. test. n. e. auf Grund der blossen Zerstörung des zweiten Testaments.

[32]) l. 1 pr. de his quae in test. del.

[33]) Jure praetorio wird nur Lesbarkeit vorausgesetzt.

bonorum possessio secundum tabulas unter Umständen der Widerruf durch exceptio doli geltend gemacht werden muss. Diese hat sich also ganz selbständig entwickelt, sie ist auch nicht eigentlich als eine Schöpfung des Edikts anzusehen. Soweit sie allmählich über den Begriff des arglistigen Benehmens hinaus angewendet worden, ist die Entwicklung ebensowenig ius honorarium als der Begriff des dare facere oportere ex fide bona in der klassischen Zeit.[34]) In unserer Lehre sowohl als in anderen Beziehungen lässt sich verfolgen, dass die Entscheidung, ob exceptio doli Platz greife, theils von den Kaisern, theils von den Juristen ausgeht, und es ist ebensowenig möglich aus allen einzelnen Anwendungen der exceptio doli eine gemeinsame Theorie des dolus als Voraussetzung dieser exceptio zu entwickeln, als etwa aus den Fällen der condictio sine causa sich ein gemeinsames Princip dieser condictio herausschälen liesse.[35])

Im Justinianischen Recht galten meiner Ansicht nach folgende Grundsätze:

1. In Folge der Novella Theodosii 16 ist das schriftliche Testament des prätorischen Rechts zum civilen gemacht und damit der Fall der l. 2 de iniusto unmöglich geworden; denn imperfecta testamenta im Sinne dieser Stelle giebt es nicht mehr; sie kann jetzt nur auf das testamentum imperfectum des § 7 der gedachten Novelle (= l. 21 § 5 C. de testam. 6, 23) bezogen werden.[36])

2. Nach l. 27 C. de testamentis (6, 23) vernichtet ein vor 3 Zeugen oder ad acta erklärter Widerruf das Testament, wenn ausserdem nach Errichtung des letzteren 10 Jahre verflossen sind; in diesem Falle tritt also Intestaterbfolge ein ohne Rücksicht darauf, ob für die Intestaterben ohnehin die bonorum possessio eröffnet war.[37])

---

[34]) Vgl. Civilist. Archiv Neue Folge I S. 496 f.

[35]) Ueber die Entwicklung der exceptio doli s. Pernice, Labeo II S. 112 ff.

[36]) Die Worte dieser Stelle quasi voluntatem intestati valere censemus verstehe ich jetzt mit Fein, Windscheid und Leist S. 272 dahin, dass das testamentum imperfectum als Intestatkodizill gelten soll.

[37]) Als heredes können sie wegen der Aenderung zu 1) den instituti nicht mehr gegenüberstehen.

3. Die Wirkung der Zerstörung des linum oder der Siegel für die bonorum possessio secundum tabulas ist in l. 30 C. eod. in der Weise bestätigt, dass entsprechend dem nunmehrigen Zusammenwachsen von civilem und prätorischem Recht einfach gesagt wird, wenn der Testator die Zerstörung vorgenommen hat, um das Testament zu entkräften, so verliert es seine Gültigkeit, dagegen wenn dies nicht der Fall ist, werden die instituti zur Erbschaft gerufen.

4. Davon abgesehen ist die Wirkung des sonstigen formlosen Widerrufs mit seiner früheren Begrenzung in das Justinianische Recht durch Aufnahme der besprochenen Stellen übertragen. Auch in diesem kann nur derjenige den instituti die Erbschaft entziehen, der ihnen nach klassischem Recht als heres oder bonorum possessor ab intestato gegenüberstehen würde. Das ist ausser dem Fall zu 3 nur noch denkbar:

a) wenn ein testamentum agnatione postumi ruptum durch den Wegfall des postumus vor dem Tode des Testators iure praetorio wieder in Kraft getreten (l. 12 pr. de iniusto),

b) wenn ein durch capitis deminutio des Erblassers entkräftetes Testament durch Wiedererwerb der testamenti factio iure praetorio wieder gültig geworden, insbesondere im Fall der l. 11 § 2 de b. p. s. t., in welchem die capitis deminutio den Widerruf in sich schliesst, während in den anderen Fällen, auch zu a), die exceptio doli durch einen selbständigen Widerruf hervorgerufen werden müsste.[38])

5. Der Satz der l. 11 § 2 cit., dass ein früher errichtetes Testament iure praetorio aufrecht erhalten wird, wenn der Testator das spätere Testament mit der ausgesprochenen Absicht das ältere wieder ins Leben zu rufen zerstört, gestaltet sich in Folge der l. 21 C. de testam. (zu 1) zu einer theilweisen Aufhebung des civilen Rechtssatzes, dass Errichtung

---

[38]) In den kritischen Versuchen S. 29 ist nur der Fall der l. 11 § 2 cit. hervorgehoben, weil in den übrigen Fällen der capitis deminutio das Testament regelmässig iure civili wieder in Kraft tritt. Leist's Bemerkung S. 247 Nr. 27 gegen mich beruht auf Versehen; vgl. krit. Versuche S. 29 Anm.

eines neuen Testaments das ältere definitiv beseitige, auch wenn das jüngere hernach nicht in Kraft tritt.[39])

Hiervon weicht Leist weniger in den Resultaten als in der Begründung ab, und zwar wesentlich beeinflusst durch seine Auffassung des klassischen Rechts; die Wirkungslosigkeit des formlosen Widerrufs, welcher sich nicht in der Zerstörung der Testamentsurkunde äussert, sieht er gerade durch die oben angeführten Konstitutionen bestätigt. Entscheidend ist für ihn l. 30 C. de testam., indem er (S. 262) annimmt, die hierin von Justinian entschiedene Kontroverse habe sich darauf bezogen, ob die ohne Widerrufswillen des Testators eingetretene Zerstörung von linum oder Siegel die bonorum possessio secundum tabulas ausschliesse oder nicht. Dann wären also in die Digesta gerade nur Stellen von Vertretern der verworfenen Ansicht aufgenommen worden, und zwar wie Leist S. 263 sagt, als historische Reminiscenzen. Leist nimmt die Benutzung dieses Nothbehelfs der Interpretation etwas leicht, und doch haben wir nur einen sicheren Fall, dass in den Digesten ein obsoleter Satz zur Erinnerung an den früheren Rechtszustand Erwähnung gefunden, nämlich das interdictum Utrubi in Dig. 43, 31, wo aber ausdrücklich auf die Nichtgeltung hingewiesen ist. Jedenfalls waren die Kompilatoren der Digesten nicht wie diejenigen der Institutionen beauftragt historische Erinnerungen wachzurufen, und wenn sie das in den Fällen, wo es ihnen sonst noch untergeschoben wird, beabsichtigt hätten, so wäre es in einer Weise geschehen, welche gegenüber dem in den Publikationspatenten Gesagten[40]) irreführen muss. Ein blosses Versehen der Kompilatoren im obigen Fall anzunehmen, ist ebenso bedenklich; l. 30 cit. ist 531 erlassen, und die Entscheidung der fraglichen Kontroverse ist gewiss nicht auf Anlass eines praktischen Falls, sondern gerade auf Antrag der Digesten-Kommission erfolgt; ist es nun denkbar, dass diese in der Auswahl der die Kontroverse behandelnden Stellen so vollständig in die Irre gegangen sei?

---

[39]) Dieser Punkt ist in den kritischen Versuchen nicht hervorgehoben, weil er für die Entkräftung des zerstörten Testaments mit dem Satze unter 3 und 4 zusammenfällt.

[40]) Vgl. c. Deo auctore § 6, c. Tanta § 10. 15. 20[a].

Leist will ferner die Bestimmung der l. 30 auf alle gleichartigen Zerstörungsthatsachen mitbeziehen; das ist doch aber kaum denkbar, dass Justinian nicht wenigstens das nächstliegende, die Vernichtung der ganzen Urkunde hervorgehoben hätte; davon abgesehen ist die Fassung der Constitution so klar und abgemessen, dass sie ohne sichere Kenntniss der entschiedenen Kontroverse eine Beziehung auf andere als die erwähnten Fälle nicht zulässt.[41]

Somit bleiben für das Justinianische und heutige Recht die obigen Sätze bestehen.

Das testamentum per aes et libram.[1]

Von

Herrn Professor Dr. **E. Hölder**

in Erlangen.

Aus dem Berichte des Gaius über das testamentum per aes et libram ergibt sich als Motiv seines Aufkommens das Bedürfniss derjenigen, welche durch das plötzliche Herannahen des Todes überrascht die bisher versäumte Errichtung eines Testamentes vor versammelter Gemeinde nicht mehr vornehmen konnten. Der Zweck des Mancipationstestamentes war sonach der, jenen nicht mehr möglichen publicistischen Act thunlichst zu ersetzen durch einen Privatact, welcher mithin als bloser Notbehelf, als bloses Surrogat des eigentlichen Testaments erscheint. Als Mittel zur Erreichung dieses Zweckes diente nicht die Schaffung einer neuen, sondern die Anwendung einer bestehenden Rechtsform, der Mancipation; indem aber dieses Mittel nicht etwa durch das Recht selbst, sondern durch Privatwillkür in den Dienst jenes besonderen Zweckes gestellt war, ist die Frage, in wieweit derselbe durch seine Anwendung sich realisiren liess, lediglich zu beantworten aus der rechtlichen

---

[41]) Vgl. oben S. 55 Note 13.

[1]) Diese Abhandlung ist ein Stück einer demnächst erscheinenden Arbeit, auf welche wegen mancher hier nur gestreifter Fragen verwiesen werden muss.

Beschaffenheit der mancipatio sowie der familia als des besonderen Objectes der testamentarischen Mancipation.

Die angegebenen quellenmässig bezeugten Momente gestatten eine Reihe von Schlüssen über das Verhältniss der Neuerung zum Comitialtestamente. Zum Bedürfniss wurde sie nach Gaius durch die Unmöglichkeit die nächsten Testamentscomitien abzuwarten; so kurz daher auch Gaius diese abfertigt, so versäumt er doch nicht ihre Abhaltung zu bestimmten sparsam wiederkehrenden Zeiten hervorzuheben. [2]) Hätte, wie die meisten Neueren wollen, in calatis comitiis die Gemeinde abgestimmt, so wäre der principale Gegensatz zwischen dem öffentlichen und dem privaten Testamente ein ganz anderer gewesen, der des allgemeinen und des Einzelwillens; das testamentum per aes et libram hätte wesentlich die Bedeutung einer in fraudem legis vorgenommenen Umgehung der dem Volke zustehenden Cognition gehabt. Unglaublich ist es, dass die Gemeinde eine solche Umgehung sich ohne weiteres hätte gefallen lassen; die Erinnerung eines um die Geltung des Einzelwillens entbrannten Kampfes aber hätte nur erlöschen können in einer Zeit, welcher überhaupt das noch in der Kaiserzeit lebendige Bewusstsein eines dem privaten vorangegangenen und nur allmählich seiner Concurrenz erlegenen Testamentes vor versammelter Gemeinde entschwunden wäre. [3])

Wie aber unsere Quellen nichts davon wissen, dass der Zweck des test. per aes et libram die Befreiung des Einzelnen von der Bevormundung durch die Gemeinde gewesen wäre, so wissen sie auch nichts davon, dass es eine über die des Comitialtestamentes hinausgehende Wirkung bezweckt hätte. Wenn Kuntze [4]) annimmt, dass die Ernennung eines Uni-

[2]) Von nicht blos zeitlich beschränkter Anwendbarkeit war das testamentum in procinctu als ein nur dem Krieger, mithin gerade nicht den der Testamentserrichtung vorzugsweise bedürftigen seniores zugängliches.

[3]) Natürlich ist der obige Schluss über die Natur des Comitialtestamentes ein solcher, welcher nur für die Entstehungszeit des test. per aes et libram zutrifft, also die Annahme einer ursprünglich erforderlichen aber damals schon abgekommenen Abstimmung nicht ausschliessen würde.

[4]) Cursus des R. R. § 817. Exc. 1. Aufl. S. 542 ff. Ueber heredis institutio ex re (Progr.) I. S. 18 ff.

versalsuccessors dem letzteren fremd gewesen und erst durch die familiae mancipatio aufgekommen sei, so möchte in Wirklichkeit die Wirkung dieser eher hinter der des öffentlichen Testamentes zurückgeblieben sein. Gerade die dem Testamente specifisch eigene heredis institutio kann nicht in derjenigen Testamentsform gewurzelt haben, welche lediglich als Anwendung einer allgemeinen Veräusserungsform erscheint; kennt doch auch Gaius beim testamentum per aes et libram in seiner ursprünglichen Gestalt keinen heres, sondern nur einen solchen, der heredis loco ist. War die familiae mancipatio ein bloses Surrogat des eigentlichen Testamentes, so konnte sie auch keine echte Beerbung erzeugen, sondern nur ein Analogon derselben, welches insoweit jener gleichkam, als ihre Wirkung dem Privatacte der Mancipation erreichbar war.

Verkennt Kuntze, dass in Ansehung der intendirten Wirkung das testamentum per aes et libram dem öffentlichen Testamente nachgebildet ist, so verkennt Köppen,[5]) dass es diesem nicht nachgebildet ist bezüglich seiner Form. Ihm ist das private Testament eine auf gesetzlicher Zulassung beruhende Nachbildung des publicistischen, „eine getreue Copie des alten Comitialtestamentes" (Erbr. S. 57). Der Erklärung Köppens gegenüber, es lasse sich dies „durch Quellenzeugnisse fast bis zur Gewissheit nachweisen", sei nur die Frage gestattet: wo bleibt bei der familiae mancipatio der sacrale Charakter des Comitialtestamentes und wo bei diesem die jener wesentliche Eigenschaft eines per aes et libram gestum? Mit Eigenthumsveräusserung und Schuldbegründung die Grundform des privaten Rechtsverkehres theilend, soll die familiae mancipatio doch nicht eine Anwendung dieser Grundform, sondern eine Nachbildung einer ganz anderen in ihrer angeblichen Copie gar nicht mehr zu erkennenden Form sein! Wenn Manchen jedes per aes et libram gestum als quasi comitialer Act gilt wegen der 5 als Vertreter der Censusclassen aufgefassten Zeugen, so ist diese Erklärung einer vom Decimalsysteme aus so nahe liegenden Zahl nicht nur überflüssig, sondern geradezu unmöglich angesichts der Thatsache, dass nicht die Classen, sondern die Centurien die Stimmkörper der servianischen Verfassung sind.

---

[5]) Syst. d. Erbr. S. 55.

Vermochte aber das testamentum per aes et libram in seiner ursprünglichen Bedeutung als Anwendungsfall der mancipatio rechtliche Wirkungen nur zu äussern innerhalb der durch den Begriff der mancipatio gezogenen Grenzen, so ist damit nicht gesagt, dass es jede Wirkung erzeugt hätte, die durch mancipatio begründet werden konnte. Ausgeschlossen war vielmehr schon durch die besondere Beschaffenheit des mancipirten Objectes die obligatorische Wirkung der Mancipation. War jenes die familia oder der Nachlass des Mancipanten, so konnte von einer die actio auctoritatis begründenden Verpflichtung desselben keine Rede sein, da nicht nur die Veräusserung als eine erst mit dem Tode des Veräusserers sich vollziehende jede Gewährleistung desselben ausschloss, sondern auch der Uebergang der familia als solcher auf den Erwerber durch keine Eviction eines fälschlich zu ihr gerechneten Stückes alterirt wurde. Undenkbar wäre es dagegen nicht, dass ursprünglich die familiae mancipatio den Sinn eines ernsthaften Verkaufes, wenn auch ohne die sonst den Verkäufer treffende Verantwortlichkeit, gehabt, dass also der Testator für die Abtretung seines Nachlasses ein Aequivalent bekommen hätte.[6]) Dass aber römischer Sinnesart ein solches Verhandeln des Nachlasses entsprochen hätte, wird niemand glauben, und ausserdem spricht gegen die Annahme eines ernstlichen Verkaufes sowol der Zweck der familiae mancipatio das Comitialtestament möglichst zu ersetzen als die Veranlassung seines Aufkommens; lag diese in der keine Aufschiebung der Testamentserrichtung duldenden Nähe des Todes, so war dadurch jedes Interesse des Testators an der Zahlung eines Kaufpreises durch den familiae emtor ausgeschlossen.

Daraus folgt jedoch keineswegs, dass das testamentum per aes et libram erst in einer die Mancipation schon als imaginaria venditio kennenden Zeit entstanden sei. Dass der Testator seine familia nicht um des erhaltenen Aequivalentes willen mancipirte, schliesst nicht aus, dass rechtlich ihr Uebergang auf den Erwerber bedingt war durch Zahlung

[6]) Geradezu unmöglich wäre dies nur unter Voraussetzung der (s. u.) unstatthaften Annahme, dass den Gegenstand der Veräusserung das gegenwärtige Vermögen gebildet hätte, indem ja dann mit ihm der Preis, um den es erworben wäre, an den Käufer zurückfiele.

eines Aequivalentes, dessen lediglich formelle Bedeutung jedoch zur Erscheinung kam durch die jeden wirklichen Wert desselben ausschliessende Geringfügigkeit seines Betrages.

War so die familiae mancipatio ein Fall des Verkaufes, dessen effective Bedeutung in der Veräusserung des mancipirten Objectes aufging, so ist es die Besonderheit dieses Objectes, welche die besonderen positiven Wirkungen dieser bestimmten Mancipation begründet. Kein Zweifel kann daran bestehen, dass wir es in der That mit einem besonderen Mancipationsobjecte zu thun haben. Dass nicht etwa die familiae mancipatio eine Veräusserung aller einzelnen dem Mancipanten gehörigen res mancipi war, dass sie vielmehr auch die für sich der Mancipation entzogenen Vermögensstücke in sich begriff, zeigt schon in der Formel der mancipatio die Bezeichnung ihres Gegenstandes als familia pecuniaque. Tritt uns aber nirgends die familia als eine eigene res mancipi entgegen, so kann es nur die Anwendung der Mancipation auf die Person selbst gewesen sein, was ihre Anwendung auf die familia vermittelte.[7]) Wie der pater familias Herr nicht nur über Sachen, sondern auch über Personen und wie er nicht nur Herr über die Seinigen, sondern vor allem sein eigener Herr ist, so ist auch die Mancipation eine Verfügung theils über die im Eigenthum des Mancipanten befindlichen Sachen, theils über die in seiner Gewalt befindlichen Personen, theils endlich über seine eigene Person. Ist aber keine Veräusserung denkbar ohne Verschiedenheit ihres Subjectes und ihres Objectes, so ist die lebende Person kein möglicher Gegenstand einer von ihr selbst ausgehenden Mancipation[8]) und daher auch nicht ihre familia als solche, die von ihrem Subjecte sich nicht trennen lässt. Bei Lebzeiten des pater familias eine Erweiterung seines eigenen persönlichen Daseins, wird die familia durch seinen Tod ein Ueberbleibsel seines Daseins und als solches ein möglicher Gegenstand der Verfügung. Ist die Mancipation der Sache wie des Hauskindes eine alienatio, eine Entfremdung aus der familia, so wird durch

---

[7]) So namentlich schon Huschke (Stud. S. 233 n. 59) und Böcking. (Pand. d. R. P. R. 2. Aufl. S. 162 n. 6. S. 256 n. 15.)

[8]) Dagegen lässt sich weder Niebuhrs unhaltbare Auffassung des nexum noch die sich jeder sicheren Bestimmung entziehende Natur der coemtio anführen.

Mancipation des Nachlasses seine Eigenschaft als familia des Mancipanten nicht sowol aufgehoben als vielmehr, soweit dies überhaupt noch möglich ist, aufrecht erhalten; wird er als solcher einem anderen übertragen, so hört er ja auch ohne diese Uebertragung auf actuelle familia des Verstorbenen zu sein, wird aber durch sie Bestandtheil einer fremden familia nicht trotz sondern kraft seiner Eigenschaft als bisherige familia des Verstorbenen.

Geht also die Erbfolge aus von der Fortpflanzung der eigenen familia des Verstorbenen durch die sui heredes, so findet hier ein transitus in alienam familiam statt; sehen viele im ältesten Testamente eine Adoption des Erben durch den Testator, so greift hier eher die umgekehrte Analogie Platz, indem die familia des Verstorbenen in der des Erwerbers aufgeht. Während aber die Person durch Uebertritt in eine fremde familia ihre bisherige Existenz verliert und eine capitis deminutio erleidet, so ist es hier der Uebergang der mancipirten familia in die des Erwerbers, wodurch ihre gänzliche Auflösung vermieden wird.

Ist aber die eigene familia Gegenstand der Mancipation nur als eine durch den Tod von der Person des Mancipanten sich ablösende, so ist sie es eben so sehr nur als eine mit seiner Person bis zum Tode verbundene; diese Verbindung ist es, welche kraft der getroffenen Disposition noch im Momente ihrer Auflösung sich wirksam erweist. Mit Unrecht wollen Manche darin einen inneren Widerspruch erblicken. Ist doch der Moment des Todes, indem er die Verbindung der familia mit der Person aufhebt, eben so sehr der Schlusspunkt ihrer Existenz als der Anfangspunkt ihrer vollendeten Auflösung; die familiae mancipatio würde ebenso sehr des Objectes entbehren, wenn die familia nicht bis zum Tode mit der Person des Mancipanten verbunden, wie wenn nicht von da an diese bis dahin unauflösliche Verbindung aufgehoben wäre.

Die so mancipirte familia ist, wie Gaius hervorzuheben nicht verfehlt, identisch mit dem patrimonium. Umfasst aber die vom Verstorbenen hinterlassene familia nicht nur sein sächliches Vermögen, sondern auch seine persönlichen Angehörigen, so erhebt sich die Frage, ob durch familiae mancipatio jenes diesen entfremdet werden konnte. Ohne Zweifel

ist aber diese Frage zu verneinen. Object der familiae mancipatio ist die familia als eine durch den Tod ihrer Hauptes verwaiste; sind aber die Hinterbliebenen des Verstorbenen die geborenen Eigenthümer seines Nachlasses, so ist seine Uebertragung an Dritte nur möglich in Verbindung mit seiner Ablösung von ihrer Person, von der nicht abzusehen ist wie sie durch Mancipation hätte bewirkt werden können. Noch weniger aber konnten durch solche Mancipation die Schulden des Verstorbenen den Seinigen abgenommen werden. Ueber sie vermochte die familiae mancipatio überhaupt nicht zu verfügen. Ist doch jede Mancipation ein Act der Ueberlassung von der einen, der Aneignung von der anderen Seite; weder kann der Schuldner willkürlich durch Privatact über seine Schulden verfügen noch kann ein reiner Erwerbsact, als welcher jede Mancipation für den emtor sich darstellt, eine Schuldübernahme enthalten. Nicht nur aber kann die besondere Art der familiae mancipatio nichts enthalten haben, was dem Gattungsbegriff der mancipatio zuwiderläuft, sondern es sind auch die Schulden durch den Begriff der familia selbst ausgeschlossen. Ausdrücklich hebt Gaius hervor, dass Object der mancipatio die familia im Sinne des patrimonium gewesen sei; dass aber zu diesem die Schulden nicht gehörten, ist ausser Frage. Mancipirt wird nach dem Wortlaute der Formel familia pecuniaque des Mancipanten, Schulden aber sind aes alienum, sind eine pecunia nicht des Schuldners sondern des Gläubigers; die familia umfasst also zwar die Forderungen aber nicht die Schulden, wie auch jene aber nicht diese als Subject einen pater familias erfordern.

Wenn aber die Schulden zur familia nicht gehören, so gehört doch umgekehrt diese in gewisser Weise den Gläubigern. Verfällt von Alters her der seine Schuld nicht lösende Schuldner dem Gläubiger mit seiner ganzen Existenz, so müssen diesem auch nach des Schuldners Tode die Ueberbleibsel seiner Existenz verfallen. Das gilt aber nicht nur von des Schuldners sachlicher, sondern auch von seiner persönlichen Hinterlassenschaft. Wie nun bei Lebzeiten des Schuldners seine familia dem Gläubiger lediglich als Bestandtheil seiner persönlichen Existenz haftete, so haftet auch bei Hinterlassung persönlicher Angehöriger das hinterlassene Eigenthum nicht für sich son-

dern als Bestandtheil ihrer persönlichen Existenz und ebenso verhielt es sich wol von Alters her bei Hinterlassung testamentarischer Erben, deren Stellung der der sui nachgebildet war. Existirte dagegen kein Erbe, so mochten die Gläubiger sich an den Nachlass halten, wie sie ohne Zweifel überhaupt sich an das Vermögen halten konnten, wenn die Person sich ihrem Angriffe entzog. Ist aber der unmittelbare Angriff des Gläubigers auf das Vermögen des Schuldners dadurch bedingt, dass dieser indefensus ist, so ergiebt sich daraus für den familiae emtor die Alternative des persönlichen Einstehens für die Schulden des Mancipanten oder der Preisgebung des Nachlasses an die Gläubiger. Universalsuccessor des Verstorbenen ist also der familiae emtor nicht in derselben Weise wie der heres, wol aber genau in derselben Weise wie derjenige, in dessen Gewalt ein homo sui iuris sich ergibt; in unserem Falle wie in dem der arrogatio oder in manum conventio geht die familia ohne die Schulden über, jedoch als eine solche, welche nur durch persönliches Einstehen für diese der Beschlagnahme der Gläubiger entzogen wird.

So war der familiae emtor zwar nicht heres, aber heredis loco; die Stelle des Erben sollte er soweit möglich vertreten; neben einem wirklichen Erben war dagegen für ihn kein Platz; war ein solcher durch Natur oder Rechtsact vorhanden, so war die familia nicht mehr eine mit dem Tode ihres Subjectes frei werdende und seiner privaten Verfügung unterliegende. Die Verfügung über das sachliche Residuum der eigenen Existenz als einer mit dem Tod erlöschenden wurde also nicht nur aufgehoben durch die nachfolgende testamentarische Ernennung eines heres oder Fortsetzers dieser Existenz, sondern vermochte ebenso wenig einem vorher errichteten Comitialtestamente gegenüber irgend welche Bedeutung zu haben. Wurde aber durch nachfolgendes eigentliches Testament die familiae mancipatio gegenstandslos, so konnte sie dagegen nicht ausser Kraft gesetzt werden durch abermalige mancipatio, für welche vielmehr nach einmal getroffener Verfügung keinerlei Raum mehr verblieb. [9])

---

[9]) Ebenso wenig konnte durch remancipatio eine abermalige mancipatio vermittelt werden, da die familia als Nachlass des pater familias unmöglich von einem anderen als ihm mancipirt werden konnte.

Mit dem Berichte des Gaius befinden sich die bisherigen Ausführungen in voller Uebereinstimmung. Gaius betrachtet ausdrücklich die familiae mancipatio als Notbehelf; er lässt zu ihr nur denjenigen greifen, qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, und er lässt den familiae emtor heredis locum optinere; in dieser letzten Bezeichnung liegt allerdings keine Hinweisung darauf, dass die Stellung des familiae emtor der des Erben nur analog und nicht schlechthin gleich gewesen, wol aber deutet dieselbe an, dass der Name des Erben dem familiae emtor nicht zukam, doch wol in Verbindung damit, dass in ihm der Begriff des Erben sich nicht voll verwirklichte.

Mit der familiae mancipatio war nun aber das testamentum per aes et libram nicht zu Ende; jener mancipatio folgte eine rogatio, welche bekundete, quid cuique post mortem suam dari vellet.

Wie die familiae mancipatio als Surrogat der Erbeinsetzung, so erscheint jene ihr sich anschliessende Erklärung als Surrogat der testamentarischen Specialverfügungen. Unmittelbare Verfügungen über einzelne Stücke des Nachlasses konnte aber diese nuncupatio im Gegensatze zum eigentlichen Testamente ursprünglich nicht enthalten; nicht nur spricht Gaius ausschliesslich von Aufträgen an den familiae emtor, sondern es wäre auch ein absoluter Widerspruch auf Grund der Veräusserung des Nachlasses an den familiae emtor einzelne Stücke desselben abermals an dritte Personen zu veräussern. Sind es hienach lediglich Anweisungen an den familiae emtor, welche mit der familiae mancipatio sich verbinden, so fehlt es doch ebenso an jedem Rechtsgrunde, kraft dessen aus solchen Anweisungen sich rechtliche Verbindlichkeiten ableiten liessen. Keiner Widerlegung bedarf heutzutage mehr der Gedanke, dass durch eine Mancipation jede beliebige mit ihr verbundene Verpflichtungserklärung rechtliche Geltung erlangt hätte. Dass jene Anweisung an den familiae emtor sich nicht als pactum fiduciae ansehen lässt, bedarf gleichfalls keiner Ausführung. Ebensowenig aber lässt sie sich als Fall des Nexum auffassen, da Mancipation und Nexum unmöglich in der dabei vorausgesetzten Art sich mit einander verbinden liessen; kann doch

per aes et libram nur der Empfänger und nicht wie hier der Fall wäre, der Zahler des aes verpflichtet werden.

So bleibt uns keine Annahme übrig als die auch durch den Wortlaut des Gaius nahe gelegte, dass die auf die familiae mancipatio folgende Erklärung eine rechtliche Verpflichtung ursprünglich nicht erzeugte. Jene Erklärung ist nach Gaius ein Act des Mandirens, könnte also Verpflichtungen höchstens gegen den Mandanten erzeugen, dem gegenüber jede rechtliche Haftung durch seinen Tod wegfällt. Wie von mandare, so spricht Gaius von rogare und bezeichnet damit augenscheinlich den in Rede stehenden Act als eine blose Bitte oder als ein fideicommissum.

Freilich erklärt neuerdings Bechmann[10]) diese Auffassung für „ganz unmöglich" und zwar schon deshalb, weil das ganze Geschäft den Namen Testament führt. Ist aber Hauptstück des Testamentes die heredis institutio und ist der familiae emtor heredis loco, so ist dadurch jene Bezeichnung, die ja übrigens nicht auf das erste Entwicklungsstadium des testamentum per aes et libram zurückzureichen braucht, hinreichend gerechtfertigt. Wenn die classischen Juristen der familiae mancipatio die testamenti nuncupatio entgegensetzen, so zeigt doch schon die Bezeichnung des Testamentes als testamentum per aes et libram, dass das per aes et libram gestum der familiae mancipatio es ist, auf welchem ursprünglich seine rechtliche Bedeutung und die Aehnlichkeit seines Inhaltes mit dem des Comitialtestamentes beruht. Wenn aber ferner Bechmann es für unglaublich erklärt, „dass der Testator in solcher Weise auf die Gewissenhaftigkeit des nächsten besten Freundes, der in dem letzten Augenblick aufzutreiben war, angewiesen sein sollte, während doch die Rechtsordnung ein vollkommen bindendes und wirksames Rechtsgeschäft, das Legat kannte": so ist es ja nach dem durchaus glaublichen Berichte des Gaius gerade die Unzugänglichkeit dieses vollkommenen Rechtsgeschäftes, durch welche der Testator auf jenen Notbehelf angewiesen war. Bechmann selbst erinnert bei einem anderen Anlasse daran, dass „noch im späteren Recht der Bürger das Schicksal seines ganzen Vermögens . . . der

[10]) Kauf I. S. 298.

rechtlich unerzwingbaren fides des Erben anvertraute — und zwar unter Umständen, wo sogar der Schutz der Publicität fehlte" (S. 288); er erklärt diesen Schutz für einen ohne Zweifel lange Zeit ausreichenden beim pactum fiduciae; warum nicht auch hier, wo allerdings der Treubruch nicht mehr durch den Verletzten selbst geahndet werden konnte, aber als Kränkung seiner Manen um so stärkere religiöse Bedenken gegen sich hatte? Als der Nächste Beste, der gerade aufzutreiben war, lässt sich aber der familiae emtor schon darum nicht charakterisiren, weil der Testator ja eine Mehrzahl von Bürgern zuziehen musste und sich wenigstens von diesen den Zuverlässigsten als familiae emtor auswählen konnte.

Lässt sich aber so die ursprüngliche Gestalt des testamentum per aes et libram in ihren Grundzügen ziemlich sicher reconstruiren und ist uns andererseits hinreichend bezeugt, dass in classischer Zeit die familiae mancipatio um jede reale Bedeutung gekommen und nur noch eine Formalität war, deren Vollziehung die rechtliche Geltung des in keiner Weise mehr durch sie zum Ausdrucke gelangenden letzten Willens bedingte: so sind wir dagegen ohne jede Nachricht darüber, wann und wie dieser Umschwung sich vollzogen hat. Ohne weiteres dürfen wir freilich annehmen, dass derselbe nicht mit einem Male eingetreten ist. Erfolgten rechtswirksame Dispositionen zuerst nur durch die mancipatio und zuletzt ausschliesslich durch die nuncupatio, so fordern diese Endpunkte fast notwendig ein Uebergangsstadium, während dessen zwar noch die mancipatio, aber auch schon die nuncupatio rechtliche Wirkungen äusserte. Sobald der Inhalt der nuncupatio rechtliche Geltung erlangte, musste der der mancipatio an rechtlicher Wirkung einbüssen, indem er diese nur noch in soweit zu erzeugen vermochte, als nicht die nuncupatio eine andere Wirkung begründete. Wurde aber so der Inhalt der mancipatio durch den der nuncupatio beschränkt, so wurde er schliesslich durch diesen absorbirt. Die nuncupatio also ist es, deren Erwachsen zu immer umfassenderer rechtlicher Geltung die mancipatio zuerst im Umfange ihrer Wirkung beschränkt und schliesslich alles Inhaltes entleert hat. Ein unzweideutiges Zeugniss dieser Entwickelung bieten die uns überlieferten Formeln beider Acte, deren Wortlaut ebenso

wenig dem letzten als dem ersten Stadium des testamentum per aes et libram entspricht und daher als Residuum einer zwischen beiden gelegenen Entwicklungsstufe sich darstellt.

Die ausschliesslich durch Gaius uns überlieferte Formel der familiae mancipatio lautet in der Veroneser Handschrift:

Familiam pecuniamque tuam endo mandatela tuam custodelaque mea quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere et ut quidam adiciunt aeneaque libra esto mihi emta.

Unbedenklich dürfen wir hier zunächst das Wort tuam hinter mandatela als auf Nachlässigkeit des Abschreibers beruhende Wiederholung streichen; es in tutela umzuwandeln liegt um so weniger Grund vor, da es an jedem Beispiele fehlt, in welchem anstatt der Person familia pecuniaque als Object einer tutela erschiene.

Was diese Formel von der gewöhnlichen Mancipationsformel unterscheidet, ist vor allem das Fehlen der die vollzogene Aneignung constatirenden Worte. Gäbe es hiefür keine sachlichen Gründe, so dürften wir ohne weiteres vermuten, dass diese Worte durch Flüchtigkeit des Abschreibers ausgefallen wären, da nicht nur ähnliche Fehler unserer Handschrift massenhaft eigen sind, sondern auch der handschriftliche Accusativ: familiam pecuniamque ein esse aio oder dergleichen fordert. Keinesfalls aber kann der Erwerber von der veräusserten familia gesagt haben: ex iure Quiritium meam esse aio. Mit Recht sagt Rudorff (zu Puchta Inst. §. 306 not. g): „unmöglich kann der Käufer die familia in einem Athem als die des Verkäufers anerkennen und sie doch für sich vindiciren". Das entscheidende Moment hiefür ist aber das, dass durch die familiae mancipatio nicht ein gegenwärtiger Erwerb sich vollzieht; allerdings wird zwar ursprünglich die familia des Mancipanten als solche mit der des Ewerbers vereinigt, sie kann aber dieses Schicksal nur haben als eine vom Mancipanten hinterlassene. Steht aber auf diesem Standpunkte auch noch unsere Formel oder hat sie ihn nicht vielmehr verlassen durch Bezeichnung der familia als eines blosen Gegenstandes der Mandatel und Custodel? Eine blos factische Obhut über den Nachlass kann aber damit nicht

gemeint sein; sie ist ausgeschlossen sowol durch die Rechtsform der mancipatio als durch die als Zweck dieser bezeichnete Testamentserrichtung. Dass aber die familia bezeichnet wird als erkauft in die Mandatel und Custodel des Käufers und dass dieser Kauf ausdrücklich sich darstellt als ein nicht um seiner selbst, sondern um eines anderweitigen Zweckes willen vorgenommener; das sind nicht etwa zwei verschiedene selbständig neben einander stehende Momente; gerade darum vielmehr, weil die familiae mancipatio wesentlich vorgenommen wird, um dem Mancipanten das Testiren zu ermöglichen, bekommt der emtor die familia nur in seine Mandatel und Custodel d. h. er bekommt sie, wenngleich zu eigenem Rechte, so doch nicht in seinem eigenen Interesse nach Analogie des fiduciarischen Depositars, von dem er freilich sich wesentlich dadurch unterscheidet, dass ihm gegenüber kein Widerruf der einmal vollzogenen Anvertrauung und keine actio fiduciae möglich ist.

So lässt die Formel die familiae mancipatio zwar noch nicht als blose Ceremonie, wol aber als Mittel zu einem durch sie ermöglichten Zweck erscheinen. Als dieser Zweck aber ergibt sich die Anordnung von Legaten aus den Worten der nun folgenden nuncupatio: ita do ita lego ita testor. Denn sollte auch nach ursprünglichem Sprachgebrauche jede letztwillige Verfügung unter den Begriff des legare gefallen sein, so kann doch in keiner Weise der Begriff des dare auf die heredis institutio angewendet werden, kann es also, so lange Form und Sache sich deckte, keine Erbeinsetzung gewesen sein, welche vermittelst jener Formel angeordnet wurde. Nach dem Wortlaute der überlieferten Formel ist es also noch die familiae mancipatio, welche über den Nachlass als solchen verfügt, jedoch vorbehältlich der darauf folgenden über einzelne Nachlassstücke anderweitig verfügenden nuncupatio.

Fragen wir uns aber, wie dieser durch den Text der Formeln bezeugte Rechtszustand aus dem ursprünglichen hervorgegangen sein mag, so weist uns sowol die Mancipationsformel mit den Worten: quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, als auch die Nuncupationsformel (verb: ita lego) auf das Gesetz der 12 Tafeln und zwar auf dessen Gewährleistung der testamentarischen Verfügungen hin. Beansprucht aber die testamenti nuncupatio auf Grund der

12 Tafeln Geltung als ein-Act des legare, so erhebt sich die Frage, weshalb ihr die familiae mancipatio vorangehen musste. Ist es das legare als solches, dessen Geltung das Gesetz statuirt, so könnte diese Geltung, so sollte man denken, durch eine dem legare vorausgehende familiae mancipatio nur bedingt sein, falls der vom Gesetze nicht bestimmte, also auch nicht geschaffene, sondern vorgefundene Begriff des legare diese Verbindung forderte. Scheint es aber danach das testamentum per aes et libram zu sein, durch welches im Sinne der 12 Tafeln der von ihnen garantirte letzte Wille sich bethätigte, so ist doch in Wirklichkeit diese Annahme undurchführbar. Schliesst einerseits das Schweigen der 12 Tafeln [11]) über die Bedingungen des Testirens und Legirens die Annahme aus, dass ihre Anordnung die mit der familiae mancipatio verbundene nuncupatio zu einem Acte rechtswirksamen Testirens erhoben hätte, so lässt es doch andererseits die Bezugnahme der Mancipationsformel auf das Gesetz als wahrscheinlich erscheinen, dass erst durch seine Bestimmungen die familiae mancipatio zur Grundlage einer rechtskräftigen testamenti nuncupatio geworden. Fragen wir uns sodann, wie die 12 Tafeln zum Comitialtestamente sich verhalten haben mögen, so ist zunächst in ihnen keine Spur davon zu entdecken, dass sie dasselbe abgeschafft hätten; ebensowenig ist es aber glaublich, dass es zu ihrer Zeit schon der Vergangenheit angehört hätte; wäre es doch ohne Beispiel, dass eine schon vor den 12 Tafeln antiquirte Rechtseinrichtung noch in der Erinnerung der Kaiserzeit gelebt hätte. Enthält endlich die Ueberlieferung des Gesetzes keinerlei Spuren einer Coexistenz zweier ganz verschiedener Gattungen von Testamenten, so können wir als die von den 12 Tafeln vorausgesetzte Form des Testamentes nur die comitiale ansehen. Das durch die Formel bezeugte Stadium des testamentum per aes et libram wurzelt also in den 12 Tafeln nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar als

[11]) Aus dem Schweigen der auf uns gekommenen Ueberlieferung auf ein Schweigen des Gesetzes zu schliessen, ist an sich bedenklich, aber doch wol zulässig auf Gebieten, in denen, wie hier, die überlieferten Stücke des Gesetzes ein Ganzes bilden und wo vermöge der besonderen Hochhaltung des vom Gesetze garantirten Inhaltes seine Bestimmungen nicht leicht in Vergessenheit geraten konnten.

Product juristischer die Sätze des Gesetzes zu einem von ihm selbst nicht vorgesehenen Zwecke verwendender Combination. Als solches Kunstproduct erweist es schon seine Bezugnahme auf zwei von verschiedenen Dingen handelnde Zwölftafelsätze. Unzweifelhaft ist nemlich an seiner Geltung neben der gesetzlichen Bestätigung des legare jener andere von der Mancipation handelnde Zwölftafelsatz betheiligt: Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto. Dies bezeugt nicht nur Cicero (de oratore I. c. 57) ausdrücklich, sondern darauf deutet auch sowol die notwendige Verbindung des beim testamentum per aes et libram vorkommenden legare mit einer Mancipation als die technische Bezeichnung der nuncupatio für den Act seiner Vollziehung.

Der Sinn jenes bei Mancipationen das nuncupare für massgebend erklärenden Satzes nun liegt gewiss in der Mitte zwischen den zwei extremen Meinungen, welche in ihm eine Anerkennung theils nur der Mancipation als solcher theils beliebiger mit ihr verbundener Beredungen erblicken. Nicht Erweiterungen, sondern Beschränkungen des der Mancipation als solcher inwohnenden Effectes sind es aber, deren Theilnahme an der ihr selbst zukommenden Geltung durch jenen Satz statuirt ist. Ist die Mancipation wesentlich [12]) Veräusserung, so bestätigt jener Satz namentlich die Möglichkeit der Modification ihres Umfanges durch den Vorbehalt dinglicher dem Veräusserer verbleibender Rechte. [13]) Dem Verhältnisse solcher Vorbehalte zur Veräusserung ist nun augenscheinlich analog das Verhältniss des Vindicationslegates zur familiae mancipatio; wie das deducta servitute veräusserte Eigenthum auf den Erwerber übergeht als ein durch jene Servitut beschränktes, so geht die familia, mit deren Mancipation die

---

[12]) Die familiae mancipatio ist sogar ausschliesslich Veräusserung, weshalb die Frage nach der Möglichkeit obligirender Nuncupationen für uns wegfällt; denn jedenfalls konnte durch solche nur der Mancipant obligirt werden.

[13]) Dass solche Rechte dem Mancipanten „verbleiben“, ist allerdings ein ungenauer Ausdruck; immerhin aber ist ein solcher Vorbehalt etwas anderes als eine sonstige Bestellung, indem das Specialrecht des Veräusserers gleichzeitig mit dem Eigenthume des Erwerbers zur Entstehung gelangt und daher nicht von diesem, sondern gleich diesem vom Eigenthume des Veräusserers abgeleitet ist.

Zuscheidung einzelner Stücke derselben an Dritte verbunden ist, abzüglich dieser Stücke auf den Erwerber über. Im Gegensatze zu dem mit einer Veräusserung verbundenen Vorbehalte eines eigenen Rechtes ist aber das Legat eine positive Zuwendung an einen Dritten und als solche Zuwendung kann es seine Geltung nicht auf die gesetzliche Anerkennung der mit einer Veräusserung verbundenen Vorbehalte gründen. Ist sowol die familiae mancipatio als das Legat ein Veräusserungsact und ist das Object dieser zweiten Veräusserung enthalten im Objecte jener ersten, so hebt der Satz: uti nuncupassit etc. nur den ohne ihn bestehenden Widerspruch der zweiten Veräusserung mit der ersten auf, indem er gestattet von der Veräusserung des Ganzen durch eine mit ihr verbundene nuncupatio einzelne Stücke auszunehmen. Auf diese Ausnahme deuten schon in der Mancipationsformel die Worte quo tu iure testamentum facere possis; indem sie die Mancipation bezeichnen als eine testamentshalber erfolgte, behalten sie dem Mancipanten die Möglichkeit testamentarischer den Umfang derselben einschränkender Verfügungen vor. Zu den hiedurch vorbehaltenen Verfügungen konnte aber freilich die heredis institutio schon deshalb nicht gehören, weil sie die Wirkung der familiae mancipatio nicht sowol beschränken als gänzlich annulliren würde.

Beruhte aber nach der Seite der positiven durch sie begründeten Rechte die Geltung der nuncupatio nicht auf der von Mancipationen handelnden Gewährleistung des Nuncupirens, sondern auf der die Freiheit der Testamente garantirenden Anerkennung des Legirens, so fragt sich, ob dieselbe im Sinne der 12 Tafeln jede Art letztwilliger Verfügung umfasst habe. Unmöglich kann diese Frage, wie manche anzunehmen scheinen, als schlechthin erledigt gelten durch ihre Bejahung seitens des Pomponius (L. 120 de V. S.); steht doch ihr gegenüber nicht nur die spätere technische Verwendung des Ausdrucks [14]),

[14]) Dass derselbe von der Bezeichnung der Gattung auf die einer Art sich zurückgezogen hätte, wäre nichts Auffallendes, wol aber dass er später gerade dasjenige legare nicht mehr bezeichnet hätte, welches die Grundlage jedes anderen bildet. Das Letztere wäre nur erklärt, falls die spätere Specialisirung des Ausdruckes eine negative wäre, so dass er die letztwilligen Verfügungen bezeichnete mit Ausschluss der durch besonderen Namen ausgezeichneten.

sondern ebenso die Formel do lego; ist sie der eigentlich adäquate Ausdruck des legare, welches allein in ihr mit diesem seinem specifischen Namen auftritt, und bezeichnet sie das legare als einen Fall des dare, so lässt sich darunter neben dem Vindicationslegate auch die tutoris datio, unmöglich dagegen die heredis institutio subsumiren. Sagen die 12 Tafeln:

Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto,

so ist die vom Gesetze gemeinte Verfügung von doppelter Art; immer ist sie ein legare suae rei oder eine Verfügung über das eigene Haus; entweder aber ist sie eine Verfügung super pecunia d. h. über das sächliche Vermögen oder super tutela d. h. über die vom Testator hinterlassenen Personen durch tutoris datio.[15]) Führt aber das Gesetz die Verfügungen super pecunia tutelaque als gleichartige nebeneinander auf, so begründet schon dies eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass wie unter diesen so auch unter jenen Specialverfügungen verstanden seien; sind die Verfügungen super tutela Ernennungen von Vormündern für bestimmte Hinterbliebene, so correspondirt ihnen als Verfügung super pecunia die Ernennung von Eigenthümern für bestimmte Nachlassstücke. Dass dagegen auch die heredis institutio ein legare suae rei sei, ist schon deshalb zu bezweifeln, weil es dem heres wesentlich ist, für die Verbindlichkeiten des Verstorbenen als für eigene einzustehen,[16]) zur sua res des Testators können dieselben aber unmöglich gerechnet werden; sie gehören nicht zu dem, was sein ist, sondern sie sind etwas, vermöge dessen er selbst in gewisser Weise eines anderen, seines Gläubigers ist, weshalb jede Erbesernennung nicht etwa blos über die sua res des Testators, sondern über die Person des Erben verfügt.

---

[15]) Welche Bewandtniss es mit dem legatum per damnationem, gehabt habe, muss hier dahin gestellt bleiben; jedenfalls überschreitet es die Grenzen einer Verfügung über den eigenen Nachlass.

[16]) Die Vermuthung von Pernice, dass die persönliche Haftung des Erben für die Schulden erst durch die 12 Tafeln eingeführt sei, kann ich nicht theilen, wie ich schon in Goldschmidts Zeitschr. 24, S. 615 ausgeführt habe. (Auf die Entgegnung von P. in der Krit. Vjschr. 22 S. 258 kann ich hier nicht eingehen.) Dass es nur die Getheiltheit der Schulden ist, welche die 12 Tafeln eingeführt haben, zeigt schon der Zusammenhang der betreffenden Bestimmung mit der Einführung der actio familiae herciscundae.

Wie also der parallele Satz über die Mancipation nicht sowol diese selbst bestätigt als die Möglichkeit ihrer näheren Bestimmung und Beschränkung anerkennt, so sind es auch beim letzten Willen die Specialbestimmungen, deren Geltung das Gesetz betont, während es die Geltung des letzten Willens im Allgemeinen ebenso sehr als etwas Gegebenes voraussetzt wie die Geltung der Mancipation oder die Erbfolge der sui heredes.

Hat aber das Gesetz, indem es die Geltung der Testamente voraussetzte, zugleich die hergebrachte wie wir gesehen haben comitiale Gestalt derselben voraus gesetzt, woraus schöpfte dann die Jurisprudenz die Berechtigung, die gesetzliche Sanction des legare auf einen Act zu übertragen, auf welchen sie entschieden nicht berechnet war? Hätte das Wort legare schlechthin die letztwillige Verfügung bezeichnet, so hätte sich seine Gewährleistung entweder nur auf die zur Zeit des Gesetzes bestehende oder aber — was keinem römischen Juristen je eingefallen — auf jede beliebige Gestalt des letzten Willens beziehen lassen. Bezeichnete dagegen das vom Gesetze genannte legare die letztwillige Specialverfügung, so liess sich kraft einer allerdings vom Gesetze schwerlich gewollten Sonderung dieses specielle legare aus dem Gesammtacte des Comitialtestamentes ablösen und als seine Form anstatt der gesammten Testamentsförmlichkeit die specielle für seine Anordnung hergebrachte Formel betrachten. Freilich gehörte ausserdem zur Form des legare, auch wenn man es isolirt betrachtete, das Aussprechen jener Formel vor der in bestimmter Gliederung versammelten Gemeinde; existirt aber die bestimmte Form eines Rechtsactes um seines bestimmten Inhaltes willen, so konnte man von diesem letzten Erforderniss absehen, falls es als ein lediglich um der heredis institutio und nicht auch um des legare willen bestehendes sich darstellte. Weswegen nun Comitien und weswegen insbesondere die diese berufenden pontifices erforderlich waren, das war ohne Zweifel die durch heredis institutio vollzogene Belastung des Erben mit den Schulden, insbesondere mit den sacra, welche beim testamentum per aes et libram wegfiel. Aus dem Gesammtacte des Testamentes konnte man aber das legare nicht ablösen, ohne es mit einer anderweitigen Verfügung über den Nachlass zu ver-

binden, da es als Specialverfügung über einzelne Nachlassstücke die Existenz eines Nachlasses voraussetzte als eines Vermögens, dessen rechtliches Schicksal auch nach dem Tode seines Subjectes noch bestimmt wird durch seine Beziehung zu diesem. War nun eine solche Verfügung über den Nachlass die familiae mancipatio und schloss sie vermöge des Satzes uti nuncupassit eine mit ihr verbundene Specialverfügung über einzelne Nachlassstücke nicht aus, so beruht die Notwendigkeit das legare mit einer Universalverfügung zu verbinden auf seinem vom Gesetze nicht berührten Begriffe, die Möglichkeit es vom Gesammtacte des Comitialtestamentes abzulösen auf seiner eigenen gesetzlichen Gewährleistung durch den Satz uti legassit, seine Vereinbarkeit mit der familiae mancipatio aber auf dem Satze: uti lingua nuncupassit. Natürlich konnte jedoch das legare des Mancipationstestamentes nur ein legare super pecunia und nicht auch ein solches super tutela sein, da die familiae mancipatio durch die Existenz von sui ausgeschlossen war, und daher mag es rühren, dass die tutoris datio in späterer Zeit nicht unter den Begriff des Legates fällt, der sie im Sinne der 12 Tafeln mit umfasst.

Dass die specielle Form der testamenti nuncupatio aus dem Comitialtestamente stammt, ergibt insbesondere die sie beschliessende Aufforderung zur Gewährung des Zeugnisses; dass sie an die Zeugen gerichtet ist in ihrer Eigenschaft als Testaments- und nicht als Mancipationszeugen, ergibt ihr Fehlen bei jeder anderen Mancipation. Fraglich kann scheinen, ob die so erbetene Bezeugung eine sofortige oder eine für die Zeit nach dem Tode des Testators erwartete ist. Der letzteren Annahme stehen jedenfalls nicht entgegen die Worte testimonium mihi perhibetote, da auch einem Verstorbenen zu Liebe oder um eines Verstorbenen willen Zeugniss abgelegt werden kann. Dass es in Wirklichkeit darum sich handelt, ergibt das Fehlen einer auf jene Aufforderung folgenden Erklärung der Zeugen; wäre diese erst in späterer Zeit weggefallen, so liesse sich nicht absehen, warum nicht mit ihr die sie provocirende Aufforderung weggefallen wäre. Die Frage nach dem Gegenstande dieser Aufforderung ist nicht ohne Bedeutung für die Natur des Comitialtestamentes; würde sie die gegenwärtige Ablegung einer Erklärung fordern, so

hätte diese auch verweigert werden können und wäre also jene Aufforderung ein Antrag auf Abstimmung gewesen, bezüglich dessen man dann freilich anstatt der imperativischen die übliche Form der Frage erwarten sollte. [17]) Es hätte dann aber die Ersetzung des populus durch die fünf Mancipationszeugen eine vollständige Denaturirung des Actes bewirkt. Assistirte dagegen der populus dem legare als reiner Zeuge, so hinderte nichts seine Ersetzung durch diejenige Zahl, welche der Inhalt des legare als einer Entäusserung aus der familia forderte.

Wie nun aber die letzte entscheidende Wendung in der Geschichte dieser Testamentsform erfolgte, ist uns in keiner Weise überliefert. Die Tendenz freilich, die dahin drängte, ist verständlich genug. Erklärt die familiae mancipatio durch den Wortlaut der Formel sich selbst als eine um der folgenden nuncupatio willen vorgenommene, so entsprach durchaus der Absicht der Testatoren die Erhebung dieser zu einem vollen und ganzen Testamente und die dadurch bedingte Herabsetzung jener zu einer inhaltsleeren Formalität. Ist aber der Inhalt der nuncupatio nach dem Wortlaute der Formel ein dare und legare, also nicht eine Erbesernennung, so liess sich der Widerspruch, welcher in ihrer Aufnahme in die nuncupatio lag, dadurch verdecken, dass die Worte der nuncupatio ihren speciellen Inhalt gar nicht nannten, sondern nur durch Verweisung auf eine ihn enthaltende Urkunde bezeichneten. Eben diese Verweisung des Testamentsinhaltes in eine beim Testiracte nicht verlesene, sondern nur vorgezeigte Urkunde war es zugleich, welche nunmehr den wichtigsten Vorzug des Privattestamentes vor dem ohne Publication seines Inhaltes nicht möglichen comitialen begründete, war also gleichzeitig Zweck und Mittel der Reform. War aber damit der Widerspruch der Erbeinsetzung mit dem Wortlaute der Nuncupationsformel äusserlich verschleiert, so stützte sich die materielle Zulassung jenes neuen Nuncupationsinhaltes auf eine Extensivinterpretation der 12 Tafeln. Dass das legare als Zuwendung an

[17]) Dagegen entspricht gerade der Gesetzesform die imperativische Fassung der Testamentsinhaltes (heres esto, damnas esto), während in den zwölf Tafeln und der Formel des Vindicationslegates unzweideutig der Testator als verfügend auftritt.

einen Dritten zugleich eine Ausscheidung aus der mancipirten familia ist, hatte vermöge der gesetzlichen Anerkennung der an Mancipationen sich anschliessenden Nuncupationen die Möglichkeit seiner Verbindung mit der familiae mancipatio erzeugt. Wie aber die Anerkennung der nuncupatio diejenige der mancipatio voraussetzt, so die Anerkennung der Specialverfügung über einzelne Nachlassstücke diejenige der Universalverfügung über den Nachlass. Gedachten also die 12 Tafeln der heredis institutio nirgends ausdrücklich und wollte man doch auch ihre Geltung wie alles Recht an den Wortlaut der 12 Tafeln anknüpfen, so bot sich zu diesem Zwecke kein anderer Satz als der: uti legassit, welcher als eine unmittelbare Anerkennung der Legate zugleich eine mittelbare Anerkennung der Erbeinsetzung enthielt. So kam man dazu jenen Satz als einen alle testamentarischen Verfügungen umfassenden und als Quelle des gesammten Testamentsrechtes anzusehen.

Hatte sich aber einmal der Satz eingebürgert, dass das legare im Sinne der 12 Tafeln erfolgen könne durch eine mit einer familiae mancipatio verbundene nuncupatio, so ergab sich aus der Subsumtion der Erbeinsetzung unter jenes legare die Möglichkeit ihrer Anordnung durch solche nuncupatio; ihr Widerspruch mit dem Wortlaute der Nuncupationsformel erschien jetzt als ein Widerspruch nicht mehr mit dem Wesen der nuncupatio, sondern nur noch mit ihrer äusseren Erscheinung, so dass man an ihm sich nicht mehr stiess, falls er nur nicht unmittelbar zu Tage trat. Das Herabsinken der familiae mancipatio zur blosen Form ergab sich damit von selbst; überträgt sie die familia nicht schlechthin, sondern unter Vorbehalt des durch die nuncupatio sich vollziehenden legare, so ist durch diesen Vorbehalt als einen selbst die Erbeinsetzung zulassenden jeder unmittelbare Effect der mancipatio ausgeschlossen.

Notwendig musste aber dadurch das Comitialtestament ausser Gebrauch kommen, welches vor dem privaten jetzt nur noch Nachtheile und Unbequemlichkeiten voraus hatte und ebenso war damit die Richtung der weiteren durch das prätorische Edict sich vollziehenden Entwicklung der Testamentsform gegeben.

Miscellen.

In den Sitzungsberichten der Münchener Akademie (historische Klasse 1879, 2. Heft 3) hat kürzlich Giesebrecht über ein neuaufgefundenes Gedicht (3341 Verse) zur Geschichte Friedrich Barbarossas berichtet. Das Gedicht findet sich in einer vaticanischen Hs. (Ottobon. 1463). Bisher ist nur ein kleiner Teil (Friedrichs Krönung und Arnolds von Brescia Ende) von Professor Monaci in Rom herausgegeben. Der Dichter ist sicher ein Italiener und Anhänger des Kaisers: Giesebrecht vermutet, er stamme aus Bergamo, und setzt die Entstehungszeit des Gedichts deshalb vor 1167, wo Bergamo vom Kaiser abfiel. Da Mailand als zerstört bezeichnet wird, so kann das Gedicht erst nach 1162 geschrieben sein. — Ein grösseres Bruchstück, das Giesebrecht veröffentlicht, schildert Friedrichs Besuch in Bologna (Pfingsten 15. Mai 1155) und geht die Juristen so nahe an, dass es hier wiederholt werden soll.

Iamque super Renum, quo clara Bononia fulget,
Castra locat paucisque placet recreare diebus
Agmina fessa nimis fractasque resumere vires.
Ilicet egreditur populus servire paratus,
5 Quem Guido, vir prudens, solus tunc rite regebat.
Occurrunt cives Friderico dona ferentes,
Agminibus[que] simul datur ingens copia rerum.
Procedunt pariter doctores discipulique
Omnes Romanum cupientes visere regem,
10 Quorum te numerosa, Bononia, turba colebat,
Artibus in variis noctuque dieque laborans.
Quos placide recipit venientes rex Fridericus
Alloquiturque simul perquirens multa benigne.
Querit enim, quibus urbe modis habeantur [in ista],
15 Cur magis hec placeat, quam quelibet altera tellus,
An cives aliqua sint illis parte molesti,
An teneant promissa dolo firmata remoto,
Si caros habeant, si servent hospita iura.
Doctor ad hec doctus respondens ordine quidam
20 Discentum mores recitat vitamque beatam:

---

7 Agminibus Hs. 14 in ista Giesebrecht, fehlt in d. Hs.

Nos, ait, hanc terram colimus, rex magne, refertam
Rebus ad utendum multumque legentibus aptam.
Confluit huc variis lectum de partibus orbis
Discere turba volens, auri argentique talenta
25 Huc ferimus dites nummos quoque, pallia, vestes.
Urbe domos media nobis conducimus aptas,
Res emimus iusto precio quibus utimur omnes
Preter aquas, usus quarum communis habetur.
Nocte die studiis intenta mente vacamus:
30 Tempore quo sumus hic dulcis labor iste videtur.
In multis, fateor, cives nos urbis honorant.
Qui tamen hac una sunt re quandoque molesti,
Cum cogant aliquem, quod non acceperit ipse,
Solvere, tollentes propter non debita pignus.
35 Namque datum nostris vicinis aes alienum
A nobis repetunt qui nullo iure tenemur.
Unde, pater, petimus perversum corrige morem,
Lege tua liceat tutos hic esse legentes. —
Tunc rex, principibus consultis ordine cunctis,
40 Legem promulgat, que sit tutela legentum,
Scilicet ut nemo studium exercere volentes
Impediat stantes nec euntes nec redeuntes,
Nec pro vicino qui nullo iure tenetur
Solvere cogatur, quod non dedisse probatur.
45 Inde rogat cives, ut honorent urbe scolares,
Hospita iura dolis servent illesa remotis,
Postque dies paucos reparatis viribus inde
Castra movens ductor Tuscorum visitat urbes.

Das Gesetz Friedrichs, das zum Schutze der Studenten (legentes) gegeben wird, ist nach Giesebrecht die Auth. Habita (C. 4, 13. 5). Ohne Bedenken ist diese Vermutung nicht. 1) Die Authentica ist erst auf dem Roncalischen Reichstage (1158) erlassen. Sie könnte aber ähnlich wie die Auth. Sacram. pub. (Savigny, R. R. im M. A. 4, 187 ff.) bereits drei Jahre früher entstanden sein. 2) Der Dichter gibt nicht den *ganzen* Inhalt der Authentica an: die Studenten erhalten darin (§ 5) auch einen privilegierten Gerichtsstand in Civil- und Strafsachen. Diese Verleihung ist mindestens ebenso wichtig wie die mitgeteilte Massregel. Entweder also liegt eine starke Ungenauigkeit vor, oder wir müssen weiter vermuten, dass

22 legentique Hs., legentibus Monaci 23 urbis Hs., orbis Giesebrecht 32 modesti Hs., molesti Monaci 37 cortige Hs., corrige Monaci 44 Hs., debere coni. Giesebrecht, cepisse? (coll. v. 33), debsse?

diese Privilegierung erst auf dem Reichstage erfolgte. 3) Die Studenten klagen, dass sie für Schulden durchgegangener Landsleute (quod non acceperit ipse: v. 33) haftbar gemacht werden. Dem will der Kaiser abhelfen. Statt des metrisch und sachlich unmöglichen *dedisse* v. 44 conjiciert Giesebrecht deshalb *debere*. Und danach will er dann auch in der Authent. § 4: nec ob alterius eiusdem provincie *delictum* . . . aliquod damnum eis (scholaribus) inferatur *delictum* in *debitum* umändern. Dies Verfahren ist schwerlich zu billigen. *Debere* ist eine ziemlich gewaltsame Conjectur; mit Rücksicht auf v. 33 liegt *cepisse* ebenso nahe. Jedesfalls darf man daraufhin nicht den überlieferten Text der Auth. ändern. Das Wort *delictum* dort ist allerdings eigentümlich: denn der Natur der Sache nach und nach dem Zusammenhange mit § 5 (wo von *litem movere,* also vom Civilprocess vorzugsweise die Rede ist) wurden die Studenten nicht sowol für Delicts- als für Vertragsschulden ihrer Landsleute verantwortlich gemacht. Die Glossatoren lasen denn auch: *delictum sive debitum* (Savigny 3, 170 f.).

A. P.

Professor Finály in Klausenburg schlägt brieflich vor, die viel besprochene Stelle bei Gaius IV, 13 so zu lesen:

Sacramenti actio generalis erat actio, de quibus enim rebus ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur, eaque actio perinde periculosa erat olim ex lege XII tabularum, atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem, qua periclitaretur reus si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor si non debitum petat; nam qui (con)victus erat falsi, ex lege XII tabularum summam sacramenti praestabat poenae nomine, et q. s.

Er geht dabei von der Ansicht aus, dass hier eine schon in der Vorlage der Veroneser Handschrift vorhandene, durch mehrere Hände bewirkte Corruptel vorliege, nicht ein Irrthum oder eine Nachlässigkeit des letzten Copisten allein. Es wäre gewiss interessant, wenn Herr F. diese Ansicht weiter auszuführen unternähme, und wir würden ihm für eine solche Arbeit den nöthigen Raum gerne zur Verfügung stellen.

Zu fr. 1 § 1 de superficiebus (43. 18).

In fr. 1 § 1 cit. gibt Ulpian als Motiv der Einführung des interdictum de superficiebus und der actio in rem de superficie neben einer anderen Rücksicht praktischer Natur [1]) das folgende an: quia incertum erat, an locati existeret. Bleibt man bei dieser Lesart stehen, so kann die Stelle nicht anders gedeutet werden als dahin, dass man darüber im Zweifel gewesen sei, ob einem conductor superficiei die actio conducti zustehe, und aus diesem Grunde sich entschlossen habe, ihn mit neuen Rechtsmitteln auszustatten. Es unterliegt aber m. E. die so gedeutete Lesart den allererheblichsten Bedenken. Schon dass locati für conducti steht, ist zwar nicht beispiellos,[2]) aber immerhin auffallend. Ausserordentlich hart ist die Auslassung des Wortes actio. Weiter ist existere zur Bezeichnung der Zuständigkeit einer actio durchaus ungewöhnlich, ja, ich weiss nicht, ob ausser in unserer Stelle auch nur ein einziges Mal nachweisbar. Sodann sind die angeblichen Zweifel über die Zuständigkeit der actio conducti nicht recht glaublich. Gaius (III. 145 sqq.) und die Institutionen (§ 3 sqq. de loc. et cond.), wo sie ähnliche Zweifel erörtern, wissen gerade von diesem nichts zu erzählen; Ulpian selbst versichert in fr. 1 § 1 mit aller Bestimmtheit: si conduxit superficium, ex conducto . . . agere potest; die lex locationis siue conductionis war ferner ausdrücklich im Interdictswortlaut genannt und so wäre gerade in dem Rechtsmittel, das den Bedenken über die Zulassung der actio locati seine Entstehung verdankt haben soll, die Auffassung des Vertrags als locatio conductio officiell documentirt; will man aber mit Rudorff,[3]) Puchta[4]) und Degenkolb[5]) in der Interdictsformel statt „locationis siue conductionis“ lesen „locationis siue uenditionis“ [6]) und diese alternative Fassung auf jene theoretischen Zweifel zurückführen, so hätte sich Ulpian ungenau ausgedrückt: nicht die Ungewissheit über die Zuständigkeit gerade der actio conducti wäre das Motiv der Neuerung gewesen, sondern das Schwanken über die Frage, ob actio conducti oder empti. Endlich und nicht zum letzten: jene theoretischen Bedenken über die actio in personam des Superficiars können als Beweggrund für die Einführung des Besitzinterdicts und der dinglichen Klage augenscheinlich nur insoweit gelten, als sich diese letztern Rechtsmittel ihrem praktischen Erfolge nach mit der angezweifelten actio conducti deckten, d. h. in ihrer Richtung gegen den locator. Glaubt man nun im Ernst,

---

[1]) quia melius est possidere quam in personam experiri.
[2]) Vgl. Degenkolb, Platzrecht und Miete S. 23. n. 1.
[3]) Zschr. f. gesch. Rswiss. XI. S. 230. Ed. perpet. § 249.
[4]) Institutionen, § 244 n. b.
[5]) A. a. O. S. 26 fg.
[6]) Dagegen Mommsen in der Digestenausgabe.

dass eine durch jene Zweifel hervorgerufene Schutzlosigkeit des Superficiars dem locator gegenüber Mitursache der Neuerung war? im Ernst, dass ein römischer Geschworener einen Kläger, dem der Prätor die actio conducti mit der demonstratio „quod .... superficium conduxit" ertheilt hatte, mit der Motivirung abzuweisen gewagt haben würde, der superficiarische Vertrag sei keine locatio conductio? Gewiss waren die Zweifel über die actio praktisch mit schweren Missständen verknüpft; aber diese Missstände lagen, wie wir aus der Geschichte der Emphyteuse wissen, in ganz anderer Richtung, als in welcher das Edict Abhilfe brachte: sie lagen namentlich in dem Schwanken über die für die Gefahrtragung massgebenden Grundsätze.[7])

Diese äussern und innern Gründe bestimmen mich, eine leichte Textveränderung vorzuschlagen, durch welche die Stelle formell und materiell geheilt wird. Ulpian hat nicht geschrieben „quia incertum erat, an locati existeret", sondern: quia incertum erat, an locator (oder locator ei) existeret. Die Lesart der Florentina würde sich sehr einfach aus falscher Auflösung von locat.[8]) (besonders, wenn man locat. ei annimmt) erklären. Der Sinn der Stelle aber würde nun dahin gehen. Es musste sich, so lange der Superficiar nur die actio in personam hatte, er also Dritten gegenüber allein auf die Actionen des locator angewiesen war, bei der langen Dauer seines Rechts, den mangelhaften Communicationsverhältnissen des Alterthums, der schwerfälligen Competenzregulirung des römischen Processes sehr oft als unerträgliche Inconvenienz herausstellen, dass der Superficiar seinen locator überhaupt nicht oder nicht da auftreiben konnte, wo er ihn, um gegen ihn Klage anzustellen, brauchte. War z. B. der locator verschollen, so war der Superficiar einfach schutzlos. Dieser Inconvenienz wollte der Prätor abhelfen: er gewährte Besitzinterdict und actio in rem „weil man nie wissen konnte, ob der locator aufzutreiben sein würde", ohne den der Superficiar doch jedem Dritten preisgegeben war. —

O. Lenel.

---

[7]) Vgl. § 3 I. de loc. et cond. c. 1 C. de iure emphyt.

[8]) Diese Abkürzung ist zwar meines Wissens nicht überliefert, wohl aber auct. für auctor, tut. für tutor u. ähnl.

Die Berliner Fragmente vorjustinianischer Rechtsquellen.

Von

Herrn Professor **Paul Krüger**

in Königsberg.

Die kleine Zahl von Werken der klassischen Juristen, welche durch Handschriften des Originalwerks überliefert sind, hat sich jetzt um zwei vermehrt, die aber freilich nur in winzigen Resten erhalten sind. Unter einem Haufen von Blättern und Blattfragmenten, welche das Berliner königliche Museum kürzlich in Aegypten erworben hat,[1]) fanden sich drei Pergamentfetzen mit lateinischem Text, welche zu zwei Werken der klassischen Jurisprudenz gehören.

Das eine dieser Fragmente besteht aus dem unteren Theil eines in zwei Kolumnen geschriebenen Blattes. Die Schrift ist Semiunzial; neben den gewöhnlichen Abkürzungen finden sich einzelne notae iuris, wie sie nur in den vorjustinianischen juristischen Handschriften vorkommen. Mommsen vermuthet, dass die Handschrift nicht nach der Justinianischen Kompilation, der Schriftgattung nach aber auch kaum vor dem sechsten Jahrhundert geschrieben sei. Die eine Kolumne ist zum grösseren Theil abgerissen, die andere hingegen in der ganzen Breite und mit dem Seitenrande erhalten. Dies

[1]) Nach dem Bericht des Museum in den Jahrbüchern der königl. preussischen Kunstsammlungen I Jahrgang 1880 S. XXX f. sind diese Blätter in den Jahren 1877—79 durch Vermittlung des Konsuls Travers in der mittelägyptischen Provinz Fayyûm angekauft und jedenfalls aus den Trümmern des dort liegenden Krokodilopolis ausgegraben. Die jüngsten (arabischen) Stücke gehören dem 8. Jahrhundert an.

Blatt ist von Theodor Mommsen in den Monatsberichten der Berliner Akademie 1879 S. 501 ff. mit einer Photolithographie des Originals herausgegeben worden. Es ist dann von Huschke in der soeben erschienenen Schrift: Die jüngst aufgefundenen Bruchstücke aus Schriften römischer Juristen (Leipzig, 1880) besprochen. Huschke hat von der Photolithographie einen befremdenden Gebrauch gemacht, indem er auf Grund derselben die von Mommsen, Zangemeister und mir aus dem Original festgestellte Lesung bemängelt. Darüber ist eigentlich kein Wort zu verlieren; trotzdem habe ich das Blatt noch einmal auf die angefochtenen Stellen angesehen und darüber unten berichtet.

Ich lasse zunächst den Text, so wie er erhalten ist, folgen; und zwar schicke ich mit Mommsen diejenige Seite vorauf, welche vom Text am meisten enthält. Ob dies wirklich die Vorderseite ist, lässt Mommsen unentschieden; doch scheint die Breite des neben der zweiten Kolumne erhaltenen Randes dafür zu sprechen, dass dies der äussere Seitenrand gewesen.

Vorderseite.

	?	
	TIUIUS	
	? ?	
	NATUS Thoe N	
	? ? ?	
	RU)RUMesseT	
	sedcUMLeGedebo	
	NISRebusqeORU	5
	hOMINUMITAIUSdI	
?		
RITI	ceReIUd·ReddeRe	
?		
qUI	pRIUbeATURUTeA	
\NOS	FIANTqUAeFUTURA	
exIU	FOReNTSIdedITICI	10
NOSTR.	ORUMNUMeROFACTI	
Re		
eGeTUR	NeSSeNTUIdeAMUS	
?[2])		
ISLATINOS	NeUeRIUSSITqquIdā	
AReReCTe	SeNSeRUNTeTdeUNI	
UIRITIUMpe	UeRSISb·eTdeSINGULIS	15

[2]) Dieser verstümmelte Buchstabe ist entweder o oder u oder n.

Rückseite.

eSTAN

RESTITUENdodde ?

ABUNdANTIPRAEC ????

PITPRAETORIb·UTIE

NOM ** · RedderENT ?

DEIVDICIIS

LIB II

Die zweite Kolumne dieser Seite ist auf dem erhaltenen Stück unbeschrieben, woraus zu schliessen, dass zur Unterschrift der ersten Kolumne zu ergänzen ist *explicit;* denn wäre gemeint, dass Buch II hier beginne, so hätte man dies nicht so weit vom Anfang des Textes getrennt.[3])

Wem das Werk angehört, ist nicht zu sagen. Zweifelhaft bleibt auch der Charakter desselben, da uns sonst libri de iudiciis weder im Auszuge noch auch nur dem Titel nach überliefert sind. Mommsen denkt an eine Schrift, welche dem Magistrat Anweisungen über die Instruktion des Formularprozesses gab; gegen die nächstliegende Vermuthung, dass das Fragment dem zweiten Abschnitt eines der Ediktkommentare angehöre, welcher bekanntlich den Separattitel de iudiciis trug und denselben auf pars II der Justinianischen Digesten übertrug, macht Mommsen geltend, dass wenn auch die Subscriptionen der einzelnen Bücher in den Ediktkommentaren ebenso wie in den Digesten den Doppeltitel *ad edictum lib. — de iudiciis*

[3]) Huschke hat sich in Bezug auf die in der Photolithographie auf beiden Kolumnen erscheinenden Schriftzüge zwar von Zangemeister belehren lassen, dass sie nur von der anderen Seite durchscheinen, doch glaubt er auf der Zeile unter REDDERENT sicher TU zu lesen und gelangt zu dem wundersamen Resultat, dass ursprünglich der Schluss dieser und die ganze nächste Kolumne beschrieben, dann aber abgewaschen und abgerieben, und dass die Rubrik sowie die über und unter derselben stehenden Verzierungen von jüngerer Hand zugesetzt worden. Vielleicht gelingt es ihm noch durch Bearbeitung der Photolithographie mit Reagenzien die verlornen Züge wieder in's Licht zu rufen.

lib. — gehabt haben mögen, nicht auch ein solcher Abschnitt in der Subscription als durchaus selbständiges Werk mit eignem Titel und unter Beseitigung des Gesammttitels auftreten konnte. Diesen Einwand Mommsens vermag ich nicht als zutreffend anzuerkennen. Es wird damit eine stets sich gleich bleibende Genauigkeit der Schreiber in der Abfassung der Subscriptionen vorausgesetzt, wie sie in Wirklichkeit kaum irgend eine Handschrift aufzuweisen hat. Ohnehin ist die vorliegende Subscription schon nach einer anderen Seite hin unvollständig, da sie den Verfasser nicht angiebt. Zudem scheint der Ausgangspunkt Mommsens unhaltbar, dass der Separattitel als eignes Werk nicht auftreten konnte. Sobald einzelne Theile der Ediktkommentare für sich Gegenstand des akademischen Unterrichts wurden,[4] verstand es sich von selbst, dass wenigstens für die Studirenden von diesen Abschnitten gesonderte Abschriften gefertigt wurden; und in diesen lag es für die Schreiber gewiss nahe nur noch den Separattitel zu nennen. Das bestätigt die Inscription von Vat. fr. 266: *Ulp. lib. I ad edictum de rebus creditis,* welche Stelle nach l. 26 § 3 de condictione indebiti aus *lib. XXVI ad edictum* stammt, es bestätigen nicht minder die gleichartigen Inscriptionen der Justinianischen Auszüge aus Gaius ad edictum praetoris urbani. Denn wenn auch, wie Mommsen entgegenhält, die Kompilatoren den Kommentar nur unvollständig in Händen hatten,[5] so brauchten sie darum doch nicht die Angabe der Buchzahl des Gesammtwerkes gegen ihre Gewohnheit wegzulassen; sie haben das wohl nur gethan, weil Titel und Subscriptionen der erhaltenen Bücher die gedachte Zahl nicht enthielten.

Aus den Bruchstücken hat Mommsen folgenden Text restituirt:[6])

I

[*Qui*]*riti*|[*um*] ——— *qui*| ——— *anos*| ——— [*e*]*x iu*|[*re Quiritium n*]*ostrum*| ——— *egeretur*[7]) | ——— *os Latinos*| ——— *are recte*| [*ex iure Q*]*uiritium pe*|[*tet*].

---

[4]) c. Omnem § 1.

[5]) Index Florentinus: *ad edictum τὰ μόνα εὑρεθέντα βιβλία δέκα.*

[6]) Die Ergänzungen sind in eckige Klammern geschlossen.

[7]) [*esse intell*]*egeretur* Huschke.

II

—— *um esset. sed cum lege de bonis rebusque coru[m] hominum ita ius dicere iudicium*[8]) *reddere praetor iubeatur, ut ea fiant, quae futura forent, si dediticiorum numero facti non essent, uideamus, ne uerius sit, quod quidam senserunt, et de uniuersis bonis et de singulis*

III

— | *est an*[9]) —— | *restituendo, deinde e[x]* | *abundanti prae[ce]pit praetoribus, uti e* | * *nom*[10]) * * * *redderent.*

Verständniss des Inhalts gewinnen wir einigermassen für das zweite Bruchstück. Der Vordersatz *cum . . . esset* besagt, dass die Klagen, welche sich auf das Vermögen der den dediticii Gleichgestellten beziehen, nach einer lex vom Prätor gerade so instruirt werden sollten, als wären sie nicht in diese Lage gekommen. Mommsen verwirft die Beziehung des Fragments auf die liberti dediticiorum numero der lex Aelia Sentia, denn, sagt er, die Klage, welche gegen einen den dediticii Gleichgestellten mit der Fiction verstattet wird, dass der Eintritt in diese Strafklasse als nicht geschehen erachtet werden soll, hat natürlich nur dann einen Sinn, wenn der Betreffende vorher sich in einer besseren Rechtsstellung befunden hat. Mommsen setzt also voraus, dass es sich um Gestaltung derjenigen Klagen handle, welche schon zustanden, ehe der Betreffende den dediticii gleichgestellt worden. Daraus ergiebt sich für ihn die Beziehung des Fragments auf diejenigen, welche die römische Civität verloren haben, ohne in eine neue Civität einzutreten,[11]) nämlich die exules, welchen aqua et igni interdicirt worden und die dadurch zu peregrini geworden sind.[12])

---

[8]) Huschke löst die Abkürzung IUD· in *iudicia* auf. Die in der Photolithographie hier am Rande stehenden Striche scheinen von der anderen Seite durch.

[9]) Die Buchstaben ESTAN sind sicher, die Zeile beginnt mit e.

[10]) Oder *uom;* der Schluss der voraufgehenden Zeile UTIE ist sicher, die Restitution Huschke's UT de | BEOR· IUD· REDDERENT zweifellos falsch.

[11]) Die dediticii sind nullius civitatis cives Ulp. 22, 14.

[12]) Gai. 1, 128 Ulp. 10, 3.

Die Bestimmung des Gesetzes liefe also darauf hinaus, dass, wie bei der capitis deminutio minima das Edikt den Gläubigern des capite deminutus die Klagen mit der Fiktion *si capite deminutus non esset* gab, so gleiche actiones ficticiae im obigen Fall der capitis deminutio magna ertheilt werden sollten.[13])

Eine Schwierigkeit liegt für Mommsen's Erklärung schon in der im Nachsatz angedeuteten Kontroverse; wegen der universa bona des exul hatte der sector das interdictum sectorium,[14]) welches einer Rescission der capitis deminutio nicht bedurfte; war hingegen dem exul sein Vermögen gelassen,[15]) so gab es weder vor noch nach der capitis deminutio eine Klage über sein Gesammtvermögen. Auch der Gedanke an Klagen über Erbschaften, welche dem exul zugefallen sind, scheint dadurch ausgeschlossen, dass man dem Zusammenhang nach *uniuersa bona* nur auf das Vermögen des den dediticii Gleichgestellten beziehen kann, wie denn auch ein Zweifel darüber nicht auftauchen konnte, ob wie bei den einzelnen actiones hereditariae so auch bei der Universalklage die Fiktion Anwendung finde.

Die Voraussetzung Mommsens, dass die Anweisung des Gesetzes sich auf die bona und res bezogen habe, welche der den dediticii Gleichgestellte schon vordem hatte, findet aber, wie Huschke a. a. O. S. 16 mit Recht sagt, in dem Inhalt des Fragments keine Stütze. Gegen sie macht Huschke insbesondere geltend, dass, wenn man mit Mommsen an den Schutz Dritter gegen den exul denke, die gegen den exul gerichteten actiones in rem, auf welche doch die Ausdrücke bona und res zunächst führen, durch den Besitz des exul allein ohne Rücksicht auf seine Stellung als civis oder peregrinus begründet seien. Weniger Gewicht ist darauf zu legen, dass wir als dediticiorum numero nur die liberti kennen. Die dürftigen Nachrichten über diese in unseren vorjustinianischen

[13]) Dass das Edikt über in integrum restitutio wegen capitis deminutio sich auf die minima beschränkte, sagen l. 2 pr. l. 7 § 2. 3 de capite minutis (4, 5).

[14]) Gai. 4, 146.

[15]) L. 14 § 3 de interdictis relegatis (48, 22).

Quellen sind nicht geeignet den Beweis zu führen, dass der Ausdruck dediticiorum numero für sie erfunden und als technischer auf sie beschränkt war.

Beziehen wir das Fragment auf die liberti dediticiorum numero, so liegt nichts näher, als an die von Gaius 3, 74—76 berichteten Bestimmungen der lex Aelia Sentia über die Erbfolge des Patrons in deren Nachlass zu denken. Der im Nachsatz besprochenen Kontroverse stehen alsdann solche Bedenken wie die oben erwähnten nicht entgegen; dagegen ist es eitles Bemühen aus den wenigen Worten, die darüber erhalten sind, den Inhalt der Streitfrage ergründen zu wollen.

Uebrigens haben wir in dem Gesetze ein neues Beispiel dafür, dass eine Rechtsquelle, welche ius civile schaffen könnte, es vorzieht ihre Neuerungen auf dem Wege des ius honorarium zur Geltung gelangen zu lassen, gerade so wie die senatus consulta Macedonianum, Vellaeanum und Trebellianum.

In dem ersten Bruchstück mag, wie Mommsen vermuthet, von den actiones ficticiae der Latini Juniani die Rede gewesen sein. Die Beziehung des dritten Bruchstücks ist nicht zu bestimmen; ob die als überflüssig gekennzeichnete Vorschrift für die Prätoren durch kaiserlichen Erlass oder etwa durch das auf der Vorderseite erwähnte Gesetz ergangen, bleibt dahingestellt.

Während von dem Werk de iudiciis nur ein Blatt zum Theil erhalten ist, haben wir aus dem zweiten Werk Reste von drei Blättern, nämlich eines einzelnen und eines Doppelblattes. Letzteres ist in den Monatsberichten der Berliner Akademie 1879 S. 509—518, jenes mit Nachträgen über das Doppelblatt ebendaselbst 1880 S. 363—369 von mir besprochen. An den ersteren Bericht schliessen sich die Besprechungen von Alibrandi in den Studi e documenti di storia e diritto I (Roma 1880) und von Huschke in dem oben angeführten Werke an.

In meinem zweiten Berichte sind die drei Blätter nach einer von mir gefertigten Nachzeichnung photolithographisch wiedergegeben; eine Photographie der Originale hatte sich

nicht ausführen lassen. Die Nachzeichnung entspricht nicht ganz der jetzigen Gestalt der Bruchstücke, welche theils verstockt, theils zusammengeschrumpft sind, sondern giebt soweit möglich eine Wiederherstellung der ursprünglichen Gestalt. Eine nochmalige Vergleichung einzelner Stellen hat noch einige Berichtigungen und Nachträge ergeben, welche unten angemerkt sind. Die Schrift ist reine Unzial; vielfach sind notae iuris benutzt.

Dass diese drei Blätter aus einer Handschrift stammen, folgt daraus, dass das einzelne Blatt mit dem einen Theil des Doppelblattes in der Schrift und im Zeilenabstand völlig übereinstimmt. Von beiden unterscheidet sich der andere Theil des Doppelblattes dadurch, dass etwa 6 Zeilen des ersteren der Höhe nach 11 Zeilen des letzteren entsprechen; auch ist der innere Seitenrand des letzteren schmaler als der damit zusammenhängende des anderen Blattes, während dieser übereinstimmt mit dem Zwischenrand des Einzelblattes, dessen Seitenränder nicht erhalten sind. Dagegen sind die Schriftzüge auf allen 3 Blättern gleich, und dass dies Blatt nicht etwa zu einem in derselben Handschrift enthaltenen anderen Werk gehörte, ist durch den Inhalt erwiesen. Nämlich auf allen drei Blättern lassen sich, wie wir unten sehen werden, einzelne der durch Justinians Digesten überlieferten Stellen aus dem 5. Buch der responsa Papinians nachweisen.

Aus der Gestalt der Bruchfalte des Doppelblattes, welches jetzt freilich flach gepresst und dadurch steif wie ein Einzelblatt geworden ist, lässt sich noch entnehmen, dass das Blatt mit der grösseren Schrift voraufging. Vermuthlich sollte mit dem anderen Blatt das 5. Buch der responsa abschliessen, denn nur so erklärt sich, dass die Zeilenzahl fast verdoppelt und der Seitenrand schmaler gehalten worden. Aus der Länge der Zeilen, wie sie sich unten ergeben wird, lässt sich auch schliessen, dass dies Blatt in drei Kolumnen geschrieben war.

Das Verhältniss des Einzelblattes zum Doppelblatt erhellt aus dem Inhalt. Schon aus den Justinianischen Digesta allein ergeben sich als Inhalt des 5. Buchs der responsa folgende Materien: Vormundschaft, bonorum possessio contra tabulas, Patronatrecht und die Verpflichtung zu den Gemeindelasten. Das Doppelblatt handelt auf dem ersten Blatt von der Vor-

mundschaft, auf dem zweiten von der bonorum possessio contra tabulas; das Einzelblatt handelt auf allen 4 Kolumnen von der letzteren, fällt also zwischen das Doppelblatt. Als Vorderseite des Einzelblatts ist wohl sicher diejenige anzusehen, auf deren erster Kolumne Zeile 3 *in Italia,* Zeile 5. 14 [*do*]*micilium,* Zeile 8 *ex albo* steht. Diese Worte führen nicht auf bonorum possessio contra tabulas, welche erst auf Zeile 17 hervortritt, sondern auf die Gemeindepflichten oder auf Vormundschaft.[16]) Freilich steht auf der anderen Seite zwischen beiden Kolumnen von Zeile 3 ab ein griechisches Scholion, welches von den munera spricht; trotzdem lässt sich nicht denken, dass etwa der Anfang der ersten Kolumne dieser Seite von den munera gehandelt habe (in der anderen Kolumne ist von Anfang an von bonorum possessio contra tabulas die Rede), da doch Papinian nicht mitten in den Abschnitt über bonorum possessio contra tabulas ein responsum über eine bereits verlassene Materie hineingestellt haben wird. Vielmehr ist anzunehmen, dass das Scholion durch Versehen des Abschreibers verstellt worden.

Nach der so festgestellten Ordnung ist folgendes erhalten:[17])

---

[16]) Vgl. l. 39 § 3. 7. 8 de administr. tut. (26, 7), zu *ex albo* l. 6 pr. de albo scribendo (50, 3) l. 18 § 11 de muneribus (50, 4).

[17]) Die nur theilweis erhaltenen, aber sicher zu ergänzenden Buchstaben sind hier vollständig wiedergegeben.

Blatt I.

	Vorderseite.	Rückseite.	
		?	
	TUTORESABSENTI	peDIRIPOTUISSE e	
	—	? ?	
	XIIIIINPLESSETN	TRATION·ADeOSCC	
		?	
	RATOResUIAD	SSCqUITUTeLAM	
	RUNTIUSTI C	eNT	
		? ?	
5	neq· OFFICI	UIPUPILLUM	5
		?	
	T· PLACUITUT	TINUIT TIO	
		? ?	
	P'TMORT·FUI	RIÑŌCReDI	
	RATOReM	?XITqUIUIOR	
		?	
	ceSSITAM	RIS·IŪTeR'	
10	NULLAM	p CIAND.··	10
	ON·FACI	IIISMUIU	
	?		
	TU	›	
		?	
	RL	FICIO	
		? ?	
15		CNI	15
		M	
		? ? ?	
	TUTOR	IIU	
	SI		
	?		
	pI		
	D		
20	P'		

Auf der Vorderseite war auf Zeile 15 das (nicht lesbare) Anfangswort roth geschrieben.

Die Rückseite ist noch einmal von mir verglichen und sieht jetzt wesentlich anders aus als nach den früheren Veröffentlichungen; Zeile 4 ist hinter ENT leer; Zeile 18 ist leer.

Blatt II Vorderseite.

	Kolumne 1.	Kolumne 2.	
	. ? ? ? ?		
	ᴗIUSCOp		
		LU	
	MINITALIA	LIB	
	?		
	NITTAMeTSIpA	CU	
5	MICILIUMC		5
		? ?	
	ITpOSS·OBO	RI C	
	S INDISSUB	TIS De	
	?		
	UO ps'eXALBO?	N·FILIO	
	ODAB	ƆTAM	
	— — ?	? ? ?	
10	ꟽMO opRqNDOM CI	ALUIT	10
	? ?	? '?	
	NS IM R p NCINST	S UIN	
	?		
	TpI SCDAOp	NUNC	
	? ?		
	eTp BO	UCARI	
		? ?	
	ƆC MICILI	IISU	
15		ADUU	15
		UReR	
	pATRIS?TA	ITUT	
	? ?		
	IBI DA	BpN'ACC	
	? ? ? ?		
	ALDAR ꟽ]	GRAD·AU	
	?		
20	ISSeT C	eN̄·SU	20
	?	?	
	ꟽp RIINpO	PAUL ADqU	
	?	?	
	AD exh̄DAPISATISUCŪ	SUCCeDe	
	? ? ? ?		
	OSGRADUexh̄DATI	ULp· I	
		?	
	LOCI I DII	pO	
	?	?	
25	II INCI	ƧT B	25
	? ? ?	?	
	OSL	MARe	
	?		
	DeBITI	Ma	
	?		
	MIhI h̄	FILIUS	
	A SIAUC	TAB·ACC	
30		pATRIS	30

Blatt II Rückseite.

Zeile	Kolumne 1.	Kolumne 2.
		M
	?	
	ie	c'eMAN
	?	?
	UO	BITCON L
		qqposs·ON ·
5		Nepossip'
	? ? ?	
	CIAS	TRISACCIp
	?	
	NDARI	pATION'
	?	?
	ATR·COL	peTENTe
	DIO	ceTUR
		?
10	ccepI	ULp.SCAeUOL
	?	
	BIT M	IURIS C ꜿI
	ιITUO	TOMISSABp̄s
		?
	ITACD	SSIAN
		?
	SNN	NCIpAT
15	RNeL	pI
		? ?
		M I SIND
	?	?
	LIODA	NISꜿFeR
	?	
	LIIp's·	Fi p̀Te FU
		? ?
	TeNIUS	T B· Tes
	? ? ? ?	
20	ANhABI	NT'SIp TU
		L ꜿT·ĪITATISAUOC
	? ? ?	
	peTeRe	BONISSepATRISABSTIN
	··	? ??
	DICTU·	CIIII TAT·p IC
		? ? ?
	Bp̄pe	PAꞁRO pACCe
25	ι CI	ıB T C
	?	?
	UMSe	UTIpU
		?
		INpꜿS
		?
		O
	?	? ? ?
	ATR FRA	ULp·hCR
		?
30	q·FISCO	LLe

Blatt III.

	Vorderseite.	Rückseite.	
	ciuiLenepotib·qu	oss habeRetideoq·	
	ReNcogit'nemini	Rentisb·primolo	
	neposutfiliussem	eLictapstabitqnpsta	
	neminuitaliseuit	dicioinstitutionisde	
5	q exfiliaepsonase	adierunttab·qqnsi	5
	cdoliplacuiteme	fert' ƕnenuncup	
	? ?	?	
	criptusisfiliuspfr	p's·oe'ualuitnonm	
	tumacpterituме	etsiprimusgradus	
	?tab·solusp's·on·		
	?		
10	trariislegatapstar	doexhdatusnfuitpu	10
	commisseuidet'q	upation·petip'sebp	
	t·patristueripotu	aeƕnoffendit'cum	
		?	
	idq·omqprincipe	ushquilegemexclu	
	dhadr·inpsonacc	·aria	
15	nidemonstrauit	actoneposaliumex	15
		?	
	Bp e?tab·pteritofi	ussubstitutus?t	
		? ?	
	ush alterfiliusq	pitqninprusui	
		? ?	
	cceptitui iureiuil	uopterituseieuo	
	accepitlegatapcipu	cessurum	
20	bit	iiniurehonorariop	20
		?	
	Paul.ego tfilioquiı	neimmosuccessit	
	potuit?serua	utatquinegatne	
	?	?	
	Paul·cgeitfilio	uisisinruptott	
	? ?		
	tere?seruabit	poss·nems'?tab·	
25	um]	ii	25
	ueb	lioruidet	
	? ?? ? ???	·· ? ?	
	P**ulii mcaseren	patibusquiposs·n	
	?	?	
	ptab??tab·aintestati	perepotuitintestati	
		? ??	
	trib· ferrencogitur	poss·accepitadqitafilia	

Blatt II Vorderseite Kolumne 1 Zeile 2 ist leer, ebenso der Schluss von Zeile 9 unter s'exalbo? und der Schluss von Zeile 13 hinter bo·

Blatt II Vorderseite Kolumne 2 Zeile 21 Paul und Zeile 23 Ulp· sind roth.

Blatt II Rückseite Kolumne 1 Zeile 16 ist leer, Zeile 21 ist durch ein griechisches Scholion ausgefüllt.

Blatt II Rückseite Kolumne 2 Zeile 9 hinter r ist leer; Zeile 10 und 29 Ulp. ist roth; Zeile 21 der erste Buchstabe ist b oder l.

Blatt III Vorderseite Zeile 11 Schluss steht vielleicht q̇; Zeile 14 ist der letzte Buchstabe eher O als C; Zeile 21. 23 PAUL. ist roth; Zeile 26 hinter B standen noch etwa 3 Buchstaben, der Schluss ist leer; Zeile 27 Anfang steht sicher nicht Paulii, wie ich früher zweifelnd las, der nächste Buchstabe vor U scheint etwa C zu sein; die II könnten auch von der anderen Seite her durchscheinen; der Schluss von Zeile 27—29 von M beziehentlich ? und F an stand auf einem lose haftenden Fetzen, der bei meiner ersten Vergleichung abbrach; diesen habe ich noch im April dieses Jahres nachvergleichen können, jetzt wird er vermisst.

Blatt III Rückseite Zeile 6 für NE steht über dem N vielleicht ein Häkchen; am Schluss der Zeile ist ein Buchstabe unlesbar, ebenso am Schluss von Zeile 7; Zeile 9 ist leer; Zeile 10 Anfang las ich früher $\overset{?}{\mathrm{L}}\mathrm{IO}$; Zeile 14 ist hinter ARIA leer; Zeile 16 Schluss hinter T sind 2 Buchstaben unlesbar; am Schluss von Zeile 17 las ich früher SII, hinter I fehlen etwa 4 Buchstaben; Zeile 18 ist der letzte erkennbare Buchstabe O oder M, dahinter fehlen noch 3 Buchstaben; Zeile 19 ist hinter M leer; Zeile 21 ist hinter T leer; Zeile 23 las ich vordem $\overset{??}{\mathrm{UT}}\mathrm{SIS}$; Zeile 25 muss der Text bald hinter den 2 Strichen schliessen, denn den Schluss der Zeile füllt ein Scholion, von dem die Buchstaben $\mathrm{lp}\overset{?}{\mathrm{i}}\mathrm{na}$ lesbar sind; Zeile 26 ist hinter T leer; der Anfang der Zeilen 27—29 bis QUI beziehentlich INT und ADQ̄ wird vermisst, vgl. zur Vorderseite: Zeile 27 hinter $\overset{?}{\mathrm{N}}$ fehlt vielleicht noch 1 Buchstabe.

Die einzelnen responsa sind durch Absatz und Ausrückung des ersten Wortes von einander geschieden. Hinter einigen derselben stehen notae von Ulpian und Paulus, ebenfalls durch Absatz und Ausrückung des Anfangswortes vom voraufgehenden responsum abgehoben; ausserdem ist das Anfangswort zum Unterschiede von dem Beginn der responsa roth geschrieben.[18]) Unberechtigt wäre ein Schluss aus dem Vorhandensein der notae auf das Alter der Handschrift dahin, sie müsste vor der Constantinischen Ausserkraftsetzung der notae vom Jahre 321 (Theod. 1, 4, 1) geschrieben sein, als wären seitdem die notae durchgängig weggelassen worden. Dann hätte es wohl kaum der Wiederholung jener Bestimmung im Jahre 426 (Theod. 1, 4, 3) bedurft. Andererseits beweist die Unzialschrift nichts gegen ein höheres Alter; die Annahme, dass diese vor dem 5. Jahrhundert nicht vorkomme, steht in der Luft.

---

[18]) Die notae werden hier lediglich mit dem Namen des Juristen (Ulp. Paul.) eingeführt, während in den Justinianischen Digesten regelmässig *notat* zugesetzt ist.



Sämmtliche Kolumnen sind verstümmelt, doch lassen sich einige responsa sicher ergänzen, so dass wir damit auch für die übrigen bestimmen können, wieviel verloren ist. So ist Blatt II Rückseite Kolumne 2 Zeile 18—22 aus l. 27 de iniusto (28, 3) etwa in folgender Gestalt zu ergänzen:

FILIOP̀TERITOQFUITINPATRISPOTESTA
TENEQ·LIB·TATESCONPETUNTNEQ·LE
GATAP̀STANT'SIP̀TERITUSFRATRI
B·PARTH̄·TATISAUOCAUITQUODSI
BONISSEPATRISABSTINUITLICETSUB

Der Schluss des responsum: *tilitas iuris refragari uidetur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur* ist zu lang, um auf die in unserer Handschrift das responsum schliessende Zeile 23 zu gehen, passt auch zu den gelesenen Zügen nicht; ersteres lässt sich durch den Ausfall eines Homöoteleuton von *subtilitas* — *voluntas* oder *iuris* — *testatoris* erklären; ausserdem muss aber noch entweder der Digestentext interpolirt oder der Text unserer Handschrift verdorben sein.

Aus der obigen Ergänzung ergiebt sich eine Zeilenlänge von 26—29 mittelgrossen Buchstaben für die ersten beiden gleich gross geschriebenen Blätter. Damit würde freilich das responsum auf Blatt I^r Zeile 7 ff. nicht stimmen, wenn man dies aus l. 5 pr. quando ex facto tut. (26, 9) so ergänzen müsste:

P'TMORT·FURIOSINONDABITURINCU
RATOREMQUINEGO'TIA
GESSITACTIOIUDICATI [19])N̄MAGISQ̀INTUTOR·SIMODO
NULLAMEXCONSENSUP'DEPOSIT·OFFICIUMNOUATI
ON·FACTAMETINCURATOR·ŪTUTOR·OBLIGAZN·
EETRANSLATAMCONSTABIT

Nur die erste Zeile passt zu obiger Berechnung, die zweite ist zu kurz, die drei folgenden sind zu lang; und wenn auch die Worte *post depositum officium* in den Digesten an verkehrter Stelle stehen, so würde doch die Versetzung derselben in die voraufgehende Zeile nach dem Vorschlage von Cuiacius das Missverhältniss der Zeilen nur noch erhöhen. Lässt man

[19]) Die Digesten lesen *iudicati actio*; die Umstellung schliesst sich mehr den Zügen der Handschrift (AM) an.

aber die Hineinziehung des tutor weg, welche nicht recht zum Charakter der einen konkreten Fall entscheidenden responsa passt, so bekommt man für Zeile 3—5 folgende mit der Ergänzung auf Blatt II übereinstimmende Zeilenlänge:

GESSITACTIOIUDICATISIMODO
NULLAMEXCONSENSUNOUATI
ON·FACTAMETINCURATOR·OBLIGAZN·

Die zweite Zeile mag in unserer Handschrift durch Dittographie oder einen sonstigen Fehler entstellt gewesen sein oder etwa zu *negotia* den Zusatz *defuncti* gehabt haben.

Dass die Rückseite desselben Blattes mit dem Schluss von l. 39 § 3 de admin. et peric. (26, 7) beginnt, haben Alibrandi und Huschke zuerst erkannt; die von Huschke S. 30 gegebene Zeilenabtheilung ist aber unrichtig. Zeile 1—4 sind so zu ergänzen:

QUIDEMIURISEXPEDIRIPOTUISSERE
RUMATADMINISRATION·ADEOSREC
CIDEREDEBUISSEQUITUTELAM
INITALIASUSCEPISSENT

Die Zeilen 5—9 gehören zu § 4 derselben Stelle und gestalten sich so:

ADUERSUSTUTOREMQUIPUPILLUM
HTATEPATRISABSTINUITACTIO
NEM DENEGARINOCREDI
I
TORIQC'IPSOTUTOREXITQUTUTOR
PECUNIAMINREMINPUBERIS·*UTER'

Nur die 7. Zeile passt nicht zur durchschnittlichen Buchstabenzahl und wird irgend einen Fehler enthalten haben.

Die 10. Zeile scheint eine nota zu enthalten, denn auf Zeile 11ff. fährt § 5 der obigen Stelle so fort:

CURATORESADULESCENTISMUTUI
PICULIGRATIACAUTION·INUICEM
SIBIPBUERUNTETINEAMREM
PIGNORADEDERUNTCUMOFFICIO
DEPOSITOSOLUENDOFUISSENT
IRRITAMCAUTION·EEFACTAM
ETPIGNORISUINCULUMSOLUTU
APPARUIT

Von den responsa des dritten Blattes sind zwei in den Digesten erhalten. Das auf der Vorderseite Zeile 16—20

stehende kehrt wieder in den l. 22 de b. p. c. t. (37, 4), aus denen sich folgende Ergänzung ergiebt:

BPNE ꝯTAB.[20]) PTERITO FILIO[21]) DATASCRI
PTUSHALTERFILIUSQUIPOSS.NEM
ACCEPITUIURECIUILICONTENTUSN
ACCEPITLEGATAPCIPUANONHABE
BIT

Das auf der Rückseite Zeile 27 beginnende responsum ist vollständig erhalten in den l. 5 de dotis collatione (37, 7), welche Zeile 27—29 so ergänzen:

FILIUSEMANCIPATIBUSQUIPOSS·NE
ꝯTAB·ACCIPEREPOTUITINTESTATI
PATRISB·POSS·ACCEPITADQITAFILIA

Beide Ergänzungen führen auf eine Zeilenlänge von 25—29 mittelgrossen Buchstaben, also entsprechend der auf den anderen Blättern eingehaltenen Buchstabenzahl.

---

[20]) Die Dig. schieben *testamenti* ein.

[21]) In den Dig. steht hier noch *emancipato;* dies scheint auch der griechische Scholiast zu vermissen, der in den leer gebliebenen Theil von Zeile 20 eintrug: *ἐλθόντος emancipatu praet*[*eritu*]. Papinian hat jedenfalls einen emancipatus praeteritus vorausgesetzt; denn bei einem praeteritus suus hervorzuheben, dass der institutus auf die zu Gunsten der liberi aufrecht erhaltenen Legate keinen Anspruch habe, wäre sinnlos, da jener auch den nicht eingesetzten liberi und parentes die Legate nicht schuldet l. 15 pr. l. 16 de legatis praestandis (37, 5). Huschke bemerkt mit Recht, dass die Entscheidung Papinians nur dann sich begreifen lasse, wenn Einsetzung mindestens auf den Intestaterbtheil vorausgesetzt werde. Er versteht die Stelle dahin, dass der Testator den einen Sohn zum einzigen Erben ernannt habe und in der Voraussicht, dass der emancipatus die bonorum possessio contra tabulas erbitten werde, dem institutus noch Prälegate zugeschrieben habe. Mit dieser Annahme wird die Schwierigkeit nur erhöht, denn es ist doch unglaublich, dass ein Testator auf diesem Wege die Bevorzugung des einen Sohnes gegen eventuelle bonorum possessio c. t. zu sichern sucht, während er letztere auf die einfachste Weise durch exheredatio abschneiden könnte; undenkbar ist auch, dass Papinian mit den Worten scriptus heres alleinige Einsetzung ausdrücken sollte, umsomehr wenn gerade darauf alles ankäme. Ich glaube, dass es mit diesem responsum so gegangen wie mit manchen Rescripten, welche erst durch den vom Anfragenden mitgetheilten Thatbestand volles Verständniss gewinnen. Es durfte daher in der ursprünglichen Gestalt nicht in die Sammlung der responsa aufgenommen werden; vielleicht hatten die notae von Paulus die Lücke ausgefüllt.

Ich lasse jetzt den Text der 8 Kolumnen in der Umschreibung mit den in eckige Klammern geschlossenen Ergänzungen folgen.[22] Einzelne nicht zu ergänzende Buchstaben sind durch Sterne angedeutet, die grösseren Lücken sind durch Striche ausgefüllt.

I

Tutores absenti[*s pupilli, qui annos*] | XIIII *inplesset, n* ——— [*cu*]|*ratores ui ad* ——— | *runt iusti* * * *c* ——— | *neque offici* ——— | *tum placuit, ut* ———.

[23]) *Post mortem fu*[*riosi non dabitur in cu*]|*ratorem* [*qui negotia*] | *gessit a*[*ctio iudicati,*[24]) *si modo*] | *nullam* [*ex consensu*[25]) *nouati*]|*onem fac*[*tam et in curatorem*[25a]) *obligationem*]|[*esse translatam constabit.*]

* * *rl* ——— | ——— | ———.

[26]) *Tutor* ——— | *si* ——— | *pi* ——— | *d* ———.

Post ———

II

[27]) | [*quidem iuris ex*]*pediri potuisse* [*r*]*e*|[*rum autem administratio*]*trationem ad eos rec*|[*cidere debui*]*sse, qui tutelam*| [*in Italia suscepiss*]*ent.*

[28]) [*Aduersus tutorem q*]*ui pupillum* | [*hereditate patris abs*]*tinuit* [*ac*]*tio*|[*nem — denega*]*ri non oportet credi*|[*tori, qui*

---

[22]) Alibrandi und Huschke gehen in ihren Ergänzungen weiter, weichen aber willkürlich von den sicheren Lesungén ab und bedienen sich unrichtig gebildeter Abkürzungen; auch werden Papinian Wendungen in den Mund gelegt, welche dieser sicher nicht geschrieben, schwerlich auch nur verstanden hätte.

[23]) = l. 5 pr. quando ex facto tut. (26, 9).

[24]) Dig.: *iudicati actio*; ausserdem schieben dieselben ein: *non magis quam in tutores*, vgl. oben S. 107.

[25]) Dig. schieben ein: *post depositum officium.*

[25a]) Dig. schieben ein *vel tutorem.*

[26]) Vielleicht steckt hierin das responsum l. 28 pr. de excus. (27, 1): *Tutor petitus ante decreti diem* | *si aliquod priuilegium quaerit,* | *recte petitionem institutam exclu*|*dere non poterit.*

[27]) = l. 39 § 3 de administr. et peric. (26, 7), woraus der Anfang zu ergänzen ist.

[28]) = l. 39 § 4 eod.

cum ipso tutore] contraxit, quamuis tutor[29]) | [*pecuniam in rem inpube*]*ris uerterit.*[29a])

——— *p* * *ciand.*

[30]) [*Curatores adulescen*]*tis mutu*[*i*] | [*periculi gratia cautionem invicem* | *sibi praebuerunt et in eam rem* | *pignora dederunt. cum of*]*ficio* | [*deposito solvendo fuiss*]*ent,* | [*irritam cautionem esse facta*]*m* | [*et pignoris uinculum solu*]*tum* | [*apparuit.*]

III

——— *iuscop* | ———.

——— *m in Italia* | ——— *nit, tametsi pa*| ——— [*do*]*micilium cum* | ——— ——— *it possessio bo*| ——— *s* * * * *indissub* | ——— *uo* * *p*[*os*]*sunt ex albo contra* | ——— *od ab* ———.

——— *mmo* * * * *o praetor, quoniam*(?) *dom*[*i*]*ci*|[*lium*] ——— *ns* * *im* * * *r* * * *p* * *nc inst* * | ——— ——— *tpi* * * * *scda op* ——— | ——— *etp* * * * *bo* ——— | ——— *c* * * [*do*]*micili* ——— | ——— | ——— | .

——— *patris contra ta*|[*bulas*] ——— *ib* * * * * *da* | ——— *al dar* ——— | ——— *isset* ———| ——— *mp* * * * * *ri in po* ——— | ——— *ad* * * * *exheredari satis u*(?) *cum* | ——— *os gradu exheredati*| ——— *loci* * * *i* ——— *d* * | ——— *ii* ——— *ino* * *i*| ——— *os* * * | ——— *debiti* | ——— *mihi he-red* — | ——— *a* * *si auc* |

IV. V

Vgl. das Apographum S. 103. 104.

VI

m ——— | *cum eman*[*cipat*] ——— | *bit conl* ———| *quoque possession* ——— | *nepos si post*(?) ——— | [*pa*]*tris accip* ——— | *patio nec* ——— | *petente* ——— | *cetur.*

---

[29]) Zu dieser oder zur voraufgehenden Zeile ist am Rande notirt * * π (oder τι)ατοις; ις bedeutet vielleicht *iudicatum solui.*

[29a]) Die Handschrift hat [*inpube*]*ris. iuerter'.*

[30]) = l. 39 § 5 eod.

Ulpianus: Scaeuol[a] ——— | *iuris* $_*c_{***}i$ —— | [31]) $_{**}$*t omissa bonorum possessione s* ——— | $_{**}$*s si an* ——— | *[ma]ncipat* ——— | $_{****}$*pi* ——— | *m* $_*$ *s ind* ——— | *ni sed fer* ———.

[32]) *Fi[lio] praete[rito, qui] fu[it in patris potesta]|t[e neque li]ber[ta]tes [conpetunt neque le|gata praesta]ntur, si p[raeteri]tu[s fratri|bus par]tem hereditatis auoc[auit. quod si]| bonis se patris abstin[uit, licet sub]* | —— *tatem p* ———.[33])

Pa[t]ro[n $_*$ [34]) *bonorum] possessionem acce[pit secundum| ta]bulas t[estamenti liberti]* —— —— | *uti pu* ——— | *in poss[essione]* ——— | ———.

Ulpianus: hcr ——— | *lle* —— ——— |.

VII

——— *[ius]* | *ciuile nepotibus qu* [35]) ——— *[bonorum possessionem pete]|re* [36]) *non cogitur ne min* ——— | *nepos ut filius sem[issem]* ——— | *ne minui talis* [37]) *est uit* ——— | *quam* [38]) *ex filiae persona se* ——— | *causa* [39]) *doli placuit eme* ——— *[s]|criptus is filius per fr[atrem emancipa]|tum ac praeteritum e* ——— | *contra tabulas solus possessionem* ——— *[ex]|trariis legata praesta[re]* [40]) ——— | *commisisse* [41]) *uidetur, quam (?)* ——— | *[testamen]-tum* [42]) *patris tueri potu* —— —— | *idque optimi maximique principe[s nostri rescripserunt idemque sententia]* | *diui Hadriani in persona Co* ——— | $_*$ *ni* [43]) *demonstrauit.*

---

[31]) Vielleicht fängt hier oder mit einem der nächsten Zeilen ein neues responsum an.

[32]) = l. 17 de iniusto (28, 3).

[33]) Dig.: *licet subtilitas iuris refragari uidetur, attamen uoluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur.*

[34]) Platz ist nur etwa für *a*.

[35]) Vor *u* steht sicher ein einfaches *q*, nicht *q̄*, wie Huschke will.

[36]) Oder *[bona confer]re* oder *[dotem confer]re.*

[37]) Oder *nem inuita lis;* es steht sicher ɴe, nicht ɴ̄e.

[38]) Oder *quod.*

[39]) Oder *[ex]|ceptione (— nem?).*

[40]) Vgl. l. 15 § 1 de leg. praest. (37, 5).

[41]) Die Handschrift hat *commisse.*

[42]) Statt *[testamen]tum* (Huschke) ginge auch *[uolunta]tem* (Alibrandi), vgl. Note 66.

[43]) Hinter dem Namen möchte noch *lata* zu ergänzen sein.

[44]) *Bonorum possessio[n]e contrā tabulas praeterito fi[lio data scri|pt]us heres alter filius, q[ui possessionem | ac]cepit uel iure ciuil[i contentus non] | accepit, legata praecipu[a non habe]|bit.* [45])

Paulus: ego t [46]) *filio qui* ——— | *potuit, contra serua-[bitur]* ———.

Paulus: cge (?) * *t filio* ——— | *tere, contra seruabi-t[ur]* ——— | *um* ——— | *ueb* * * *.

P * * *ulii (?)* * *mc* * *s* * * * *n* ——— *[acce]|pta bonorum [possessione] contra tabulas aut intestati [dotem fra]|tribus [con]ferre non cogitur.* [47])

VIII

——— [48]) *[p]ossessionem haberet* [49]): *ideoque* | *[liberis et pa]rentibus* [50]) *primo lo|[co legata r]elicta praestabit,* [51]) *quae non praesta|[ret, si con]dicio institutionis de|[fecisset* [52]). *quod si] adierunt, tabulis quoque non si|[gnatis contra tabulas bonorum possessio de]fertur. nam* [53]) *ne* [54]) *nuncup[a|tione*

---

[44]) = l. 22 de leg. praest. (37, 5).

[45]) Hier ist die Glosse *Pinp.* (nicht *Ponp.* = Ponponius) ἐλϑοντος *emancipatu praet[eritu]* eingeschoben. Wenn Alibrandi und Huschke *Pinp.* in πιμπλεϑι auflösen, so übersehen sie neben anderem, dass in den griechischen Scholien griechische Worte nicht mit lateinischen Buchstaben geschrieben werden.

[46]) T ist sicher; T̄ = *in* (Huschke) kommt nur am Zeilenschluss vor, ganz selten in einzelnen Handschriften als Korrektur innerhalb der Zeile; ego ist nicht Abkürzung für *ergo*.

[47]) Vgl. l. 3. 5 de dotis collatione (37,7).

[48]) Zu ergänzen ist dem Sinne nach etwa: *Pater filium emancipatum a primo gradu praeteriit, a secundo gradu heredem scripsit. bonorum possessione contra tabulas a filio petita si instituti heredes hereditatem omiserunt, licet bonorum possessio secundum tabulas filio delata sit, tamen pro eo erit, atque si contra tabulas.*

[49]) Vgl. l. 8 § 5 de b. p. c. t. (37, 4).

[50]) Die Handschrift hat *[pa]rentisbus*, das erste *s* ist aber getilgt.

[51]) Hierzu steht am Rande folgende Glosse PROY̆HNP̄ | TERITHN (?); das letzte Wort scheint praeteritην zu sein.

[52]) Vgl. l. 10 § 2 l. 13 de leg. praest. (37, 5).

[53]) Die Handschrift hat hier die Abkürzung für *enim* oder *nisi* oder *nihil*.

[54]) Vgl. die Anmerkung zum Apographum oben S. 106.

quidem] — *possessio eius ualuit non m[a|gis quam] et si primus gradus*[55]) | ——.

do exheredatus non fuit pu[56]) | —— *[contra nunc]upationem peti posse bonorum possessionem* | ——— *[quart]a enim non offenditur cum* | —— *[script]us heres, qui legem excl[u|dit]* —— *aria.*

—— *[f]acto nepos alium ex* | ——— *s substitutus contra t[abulas* | *bonorum possessionem acce]pit, quoniam in pr*s* —[57]) | —— *[ab a]uo praeteritus est*[58]) *euo*[59]) * * | ——— *[suc]cessurum.*

——— *i in*[60]) *iure honorario potest* | ——— *e immo*[61]) *successit.*

——— *[p]utat, qui negat ne* | ——— *uisis in rupto testamento* | ——— *possessionem, sed contra tabulas* | ——— *ii* —.[62])

———— *lior*[63]) *uidet[ur].*

[64]) *[Filius emanci]patus*[65]) *qui possession[em* | *contra tabulas acci]pere potuit, intestati.* | *[patris bonorum] possessionem accepit, adque ita filia* | ——.[66])

Zu dieser Umschreibung sind noch einige Randglossen, deren Beziehung sich nicht sicher bestimmen lässt, nachzu-

---

[55]) Zu dieser und der vorhergehenden Zeile gehört folgende Randglosse; ——— | * * * NITOIOYT * * * | TIωIXBdATIIICI (??) | NONIIC·ωCINTω | S·B·II.

[56]) Sicher nicht p'u.

[57]) Sicher nicht IÑPROSIT.

[58]) Vgl. das Apographum.

[59]) Oder *eum.*

[60]) So, sicher nicht UIÑ.

[61]) Sicher nicht IMMO.

[62]) Ueber den Schluss des hier eingefügten griechischen Scholion vgl. oben S. 106.

[63]) Etwa *[Ulpianus: Juliani sententia me]lior.*

[64]) = l. 5 pr. de dotis collatione (37, 7).

[65]) Zuerst stand *[emanci]patibus, ib* ist getilgt.

[66]) Der Schluss des responsum lautet nach l. 5 pr. so: *quae mansit in potestate, cum eiusdem familiae fratre heres instituta possessionem intestati patris, errorem fratris emancipati secuta accepit. dotem scripto fratri conferre non cogetur, cum ea possessio frustra petita sit et filia patris uoluntatem fini uirilis partis retineat, [id est ut omnes trientes habeant] et bonorum possessio unde liberi fingatur pro contra tabulas esse petita.*

tragen. Zwischen den obersten Zeilen von III und IV steht folgende:

[67]) ταιον —— | λήμψει, ἀπὸ πάντων | ἀποκέκλειϭται.| Ῥιτιοιος κ[αὶ] γὰρ καὶ παῖς (?) | ***ενω τοῖς praeteritoῖς| εὐχαριϭτ*ι ἐπιγεινώ|ϭκει[68]) legata. ἀεὶ δὲ τὰ αὐ|τὰ ἠδύνατο ἀπὸ τοῦ | ῥιτοι.[69]) ἔχειν, ἅπερ ἐ[πὶ] τοῦ πολι****ον [ἐ]πιγειν ****.

Dahinter folgen noch einige lesbare Buchstaben, welche nicht mehr zu dieser Glosse gehören. Sinn und Ergänzung der letzteren hängen von der Erklärung des räthselhaften ῥιτιοιος und ῥιτοι. ab. Jedenfalls handelt die Glosse von bonorum possessio contra tabulas, wird also wohl zur zweiten Kolumne dieser Seite (IV) gehören.

Auf demselben Zwischenrand steht zu Zeile 16—26 eine griechische Glosse, von der aber nur wenige Buchstaben erhalten sind. Auch sie betrifft dieselbe Materie; ebenso folgende darunterstehende Glosse zu Zeile 28—30:

—— ϭυν (?) —— | *** εναϭωνο τ[ὴν θυγα]|τέρα, ὁ δὲ emancipa|tος[70]) ἐτύγχανεν τὴν | θυγατέρα μετὰ τοῦ | [ἑτέρου] παιδὸς γράψας.[71])

Auf der Rückseite desselben Blattes steht zu Zeile 4—7 des Textes folgende Zwischenrandglosse:

Uition αλεγει καθ' ὃ βούλεται τὸ ἄχρηϭτ[ον] ταῖς λιτουργίαις πρόϭωπον τὸ πᾶν λαμβάνειν.[72])

Auf demselben Zwischenrand steht zu Zeile 30 folgende Bemerkung: ((B̄S̄ (?) S·SB.

Nachdem wir den Inhalt der Berliner Bruchstücke kennen gelernt haben, mag noch eine Bemerkung über den Ursprung der beiden Handschriften, zu denen sie gehörten, hier einen Platz finden.

---

[67]) Der Anfang ist abgeschnitten.
[68]) Oder ἐπιγιγνώϭκει.
[69]) So ριτοί.
[70]) In der Handschrift steht emancipatoι.
[71]) Vielleicht ist der Schluss abgeschnitten.
[72]) Ueber das Verhältniss dieser Glosse zum Text siehe oben S. 101.

Auf den Orient führen abgesehen vom Fundort die griechischen Glossen zu Papinian; der Inhalt der Handschriften führt auf den Zusammenhang derselben mit einer Rechtsschule, denn der liber de iudiciis lag dem Rechtsunterricht des zweiten und dritten Studienjahres, Papinians responsa lagen dem des dritten Studienjahres zu Grunde.[73]) So mag es denn sein, dass die Handschriften, wie Mommsen andeutet, aus Alexandria stammen, wo bis auf Justinian eine Rechtsschule bestand.[74])

[73]) c. Omnem § 7.
[74]) c. Omnem § 1.

Der Process gegen den Schauspieler Roscius.

Von

Herrn Professor **J. Baron**

in Greifswald.

I.

Eine Mittheilung des Sachverhaltes ist nicht bloss deshalb nothwendig, weil vielen Lesern der Fall nicht gegenwärtig sein wird, sondern auch deshalb, weil Manches darin streitig ist.

C. Fannius Chärea war der Eigenthümer eines Sclaven Panurgus gewesen, welcher grosses schauspielerisches Talent besass; er schloss daher mit dem Schauspieler Roscius einen Societätsvertrag ab; er warf den Sclaven ein (das Eigenthum an demselben ward zwischen ihm und Roscius zu gleichen Theilen getheilt), Roscius übernahm die künstlerische Ausbildung. Der Sclave vermiethete sich nach vollendeter Ausbildung für 100 000 Sesterzen; allein er wurde von dem Tarquinischen Bürger A. Flavius getödtet. Die beiden bisherigen Miteigenthümer stellten nunmehr gegen Flavius die actio legis Aquiliae an; ob die Klage auf 200 000 Sesterzen gerichtet und ob diese Summe als Taxatio der Formula eingerückt war (wie Bethmann-Hollweg behauptet), das mag hier bei Seite bleiben, weil die Feststellung hiervon für den weiteren Process ohne

Bedeutung ist.[1]) In dem Process bestellt Roscius den Fannius zu seinem Cognitor; während schwebenden Processes aber vergleicht sich Roscius mit Flavius, wie Cicero behauptet, hinsichtlich seiner eigenen Entschädigungsforderung, nach der Behauptung des Gegners hinsichtlich des ganzen Schadensanspruchs, er erhält als Vergütung ein ländliches Grundstück, das von Fannius, nicht aber von Roscius auf 100000 Sesterzen geschätzt wurde. Die Handschriften setzen diesen Vergleich in die Zeit von fünfzehn Jahren vor dem gegenwärtigen Pro-

[1]) Einige Worte über das von Huschke (Gaius S. 112, Note 16*) entwickelte Petitum der Formel der l. Aquilia mögen gestattet sein. Nach Huschke ging die Formel nicht auf „quantam pecuniam ob eam rem N. N^{um} A. A° dare oportet, denn das ergäbe eine condictio incerti, während die Klage nach l. 9 pr. § 1 D. de reb. cred. 12, 1 eine condictio certi gewesen sei. Vielmehr habe der Kläger eine bestimmte Geldsumme angeben müssen, die l. Aquilia habe dem Kläger in den Worten „quanti in eo anno plurimi fuit" eine Forderung auf eine objectiv gewisse, wiewohl erst durch Schätzung zu ermittelnde Geldsumme gegeben; doch habe der Kläger sein subjectives Ermessen nicht schlechthin für den wahren objectiven Werthbetrag ausgeben können, und daher seiner Schätzung die Worte „quantive minoris id in eo anno plurimi fuit" hinzufügen müssen; daher sei die Klage ihrer Grundlage nach immer eine certi condictio geblieben. Das würde freilich (so scheint mir) eine höchst sonderbare certi condictio sein; denn Gaius II. 50. 51. giebt als Condemnatio der cond. certae pecuniae ausdrücklich eine bestimmte, von keiner Seite her modificirbare Geldsumme an; die Condemnatio mit einer als Maximum fungirenden, mithin modificirbaren Geldsumme (taxatio) bezeichnet er als eine incerta; in der Huschkeschen Fassung der Aquilischen Formel ist die vom Kläger behauptete Geldsumme nichts als taxatio, Kläger stellt (nach Huschke) neben sie das quanti minoris des höchsten Geldwerths im letzten Jahr; der Geschworene muss regelmässig auf die letzte erkennen, weil sie allein der lex Aquilia entspricht, und wird auf die erstere nur dann eingehen, wenn sie hinter der letzteren zurückbleibt, weil es jedem Berechtigten freisteht, auf seinen Anspruch ganz oder theilweis zu verzichten. Auch was Huschke zur Begründung dieser Conception der Formel anführt, kann ich nicht anerkennen; denn die Behauptung, dass die l. Aquil. dem Verletzten eine Forderung auf eine objectiv bestimmte, und nur erst durch Schätzung zu ermittelnde Geldsumme gegeben habe, passt doch auf eine Unzahl anderer Klagen, namentlich auch auf die rei vindicatio, deren Condemnatio nach dem Zeugniss des Gaius eine incerta ist; und die Berufung auf l. 9 pr. § 1 D. de reb. cred. 12, 1 beweist doch nicht, dass die act. legis Aquil. immer, d. h. in allen Fällen eine cond. certi war.

cess; Hotomann aber conjicirte die Zeit von vier Jahren (IV statt des handschriftlichen XV), und diese Conjectur wird noch neuerdings von Bethmann-Hollweg gebilligt.[2])

Ich bemerke aber, dass zum Verständniss des gegenwärtigen Processes die Feststellung der Zeit, zu welcher der Vergleich zwischen Roscius und Flavius abgeschlossen wurde, nicht wesentlich ist.

Roscius hatte hierdurch vor seinem früheren Socius etwas im voraus, das dieser ihm nicht gönnte. Drei Jahre vor dem gegenwärtigen Process forderte deshalb Fannius von Roscius die Summe von 50000 Sesterzen, als die Hälfte des Werthes des von Fannius auf 100000 Sesterzen geschätzten Ackers. Man streitet darüber, ob diese Forderung vor das ordentliche Gericht oder vor das Schiedsgericht gebracht worden ist. Die Ausdrücke Ciceros sind schwankend; während er im § 12 aus-

---

[2]) Einerseits deshalb, weil der Vergleich unmöglich dem Fannius eine so lange Zeit verborgen bleiben konnte, andererseits weil der Process, welcher gegen Flavius angestellt worden war, unmöglich eine so lange Zeit unentschieden gelassen werden konnte. Welcher Werth indess diesen Erwägungen beigelegt werden mag: es sind, ganz abgesehen von der handschriftlichen Beglaubigung, noch andere Gründe für die Richtigkeit der Ansicht vorhanden, dass der Vergleich vor sehr langer Zeit geschlossen worden war. Schmidt nämlich hat darauf aufmerksam gemacht, dass Cicero den Hergang als eine res tam vetus, ein negotium iam confectum bezeichnet (§ 38 der Rede). Ich selbst berufe mich noch auf die Mittheilungen Ciceros in § 33:

> accepit enim agrum temporibus iis, quum iacerent pretia praediorum; qui ager neque villam habuit neque ex ulla parte fuit cultus, qui nunc multo pluris est, quam tunc fuit. Neque id est mirum. Tum enim propter reipublicae calamitates omnium possessiones erant incertae, nunc deum immortalium benignitate omnium fortunae sunt certae; tum erat ager incultus sine tecto, nunc est cultissimus cum optima villa . . .

So spricht kein Redner, der einen Zeitraum von vier Jahren bezeichnen will; auch hat die Sullanische Contrerevolution kaum einen solchen Zustand der Dinge zu Wege gebracht, dass der Bestand des Staates und der Vermögensverhältnisse als festgegründet bezeichnet werden konnte: wurde doch Volaterrä erst in demselben Jahre bezwungen, in welchem Sulla die Dictatur niederlegte!

Endlich nennt Cicero in § 39 den Vergleich zwischen Roscius und Flavius eine decisio *vetus*, und stellt sie der vor drei Jahren erfolgten Restipulation des Fannius als einer promissio *recens* gegenüber.

drücklich von einem Compromiss spricht, nennt er im § 26 den Richter iudex, den Process iudicium; indess ist letzteres schon deshalb nicht von Bedeutung, weil in demselben § 26 der Ausdruck arbiter abwechselt, und weil auch die classischen Juristen den Schiedsrichter zuweilen mit iudex bezeichnen.[3]) Von den Interpreten unseres Jahrhunderts sind Huschke, Schmidt und Bethmann-Hollweg der Meinung, dass der Vorprocess kein schiedsrichterliches Verfahren sondern ein gerichtliches Arbitrium pro socio gewesen ist.[4]) Ihre Gründe sind folgende:

1. In den §§ 10 sq. schildert Cicero den Gegensatz der iudicia und der (gerichtlichen) arbitria; der Charakter jener sei das directum, asperum, simplex, der Charakter dieser das mite, moderatum, mit der Formel: quantum aequius melius sit dari; gleichzeitig bezeichnet er den gegenwärtigen Process als ein iudicium. Im § 12 wendet er sich wieder zu dem Vorprocess zurück, den er als ein compromissum bezeichnet, und als dessen Formel er angiebt: quantum aequius et melius sit dari repromittive si peteres;[5]) nun erklärt man[6]) den Ausdruck compromissum aus einem juristisch unrichtigen, rednerischen Gebrauch und schliesst aus der Formel, dass der Vorprocess ein gerichtliches Arbitrium gewesen sei. Aber gerade um der Formel willen kann ich nicht zustimmen; sie deckt sich nicht mit der früher von Cicero für die gerichtlichen arbitria angegebenen; die der letzteren lautete:

quantum aequius melius sit dari

die des Vorprocesses:

---

[3]) l. 34 § 1 D. de min. 4, 4; l. 41 D. de rec. 4, 8; l. 4 D. de tut. 26, 5.

[4]) Rudorff (R. Rechtsg. Bd. 2 § 68 N. 10) nimmt ein Compromiss an, aber er hat leider seine Ansicht nicht näher ausgeführt. Puchta in seiner Abh. über Ciceros Rede (Rhein. Mus. f. Jurispr. Bd. 1 S. 321 f.) berührt die Frage nur sehr kurz, und lässt sie unentschieden.

[5]) Ueber die Worte si peteres s. unten die Note 7.

[6]) Bethmann-Hollweg Bd. 2 S. 809 Note 12. Hingegen Schmidt in seiner Inauguraldissertation p. 4 und Huschke in Schneiders Jahrb. 7, 484 behaupten, dass auch bei bonae fidei iudicia ein Strafversprechen für den Fall des Unterliegens eingegangen zu werden pflegte, und lediglich dies werde durch das Wort compromissum ausgesprochen; ihnen hat bereits Bethmann-Hollweg a. a. O. erwiedert, dass die Quellen nichts hiervon wissen.

quantum aequius et melius sit dari repromittive ... Uns ist keine gerichtliche Formel bekannt, die auf dari repromittive gerichtet wäre; neben dem dari kommt das fieri, das damnum decidere, vielleicht auch das praestare vor, niemals aber das repromittive. Und diese Formel, wenn sie existirte, müsste erhalten sein, da der Geschworene bei allen bonae fidei iudicia die Berechtigung zur Auferlegung von Cautionen hat:

l. 38 pr. D. soc. 17, 2: pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate; quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit sive generalia sunt, veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae, sive specialia veluti mandati, commodati, depositi.

Man lese doch nur die beiden Formeln, welche uns im zwanzigsten Capitel der lex Rubria überliefert sind, und welche gerade eine Klage wegen unterbliebener stipulatio damni infecti betreffen; beide Male lauten sie auf: quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona, trotzdem in beiden wiederholentlich hervorgehoben wird, dass der Verklagte Q. Licinius eo nomine qua de re agitur L. Seio damni infecti repromittere (satisdare) noluit. — Erklärlich wird die Formel des Vorverfahrens quantum aequius et melius sit dari repromittive[7]) erst dann, wenn wir es uns als ein schiedsrichterliches denken; einerseits nämlich wird jeder Compromiss mit einem gegenseitigen Strafversprechen eingeleitet; andererseits war die Fassung dieses Versprechens keine fest abgeschlossene; die von den Compromittenten einzugehende Stipulation konnte also dahin gerichtet sein, dass Jeder eine Strafe versprach für den Fall, dass er dem ihm vom Schiedsrichter auferlegten dare oder repromittere nicht nachkam. Die Formel quantum aequius et melius sit dari repromittive ist nichts als ein Theil der von Fannius und Roscius behufs Einleitung des schiedsrichterlichen Verfahrens eingegangenen Strafstipulation; die Compromittenten verweisen

[7]) Nach repromittive haben die Editionen „si pareret", so dass man wieder an eine Processformel erinnert wird, allein die Handschriften lesen „si peteres" oder „si peieres;" mag auch dieser Text corrupt sein: jedenfalls fällt der Hinweis auf die Processformel hinweg.

den Schiedsrichter auf die Billigkeit, und unterwerfen sich, falls sie seinen nach der Billigkeit gefällten Spruch nicht befolgen, einer Strafe. Bestätigt wird meine Meinung durch das Wörtchen ve in repromittive; ich möchte es als unerhört bezeichnen, dass einem Geschworenen als Inhalt der Verpflichtung des Verklagten wahlweise die Leistung und das Versprechen einer Leistung angegeben wird; wo eine Caution geschuldet, aber nicht geleistet wird, da wird auf den Geldwerth condemnirt:

l. 19 D. de ev. 21, 2: si dupla non promitteretur et eo nomine agetur, dupli condemmandus est reus.[8])

Der Schiedsrichter hingegen, welcher ein völlig freies Ermessen hat, welcher bei seinem Spruch nicht an die gesetzlichen Vorschriften gebunden ist,[9]) wird oft aus Billigkeitsrücksichten statt des sofortigen dare ein Versprechen auferlegen. — Endlich stimmt auch der Fortgang der Darstellung in §§ 12. 13, in welchen Cicero auf die Person und die Stellung des Urtheilers eingeht, zu meiner Auffassung. Im § 12 berührt Cicero die Person des Urtheilers im Vorprocess resp. im gegenwärtigen Process; in beiden ist es C. Piso; nun fügt Cicero hinzu:

eundem tu arbitrum et iudicem sumebas? eidem et infinitam largitionem remittebas et eundem in angustissimam formulam sponsionis concludebas?

Die infinita largitio passt nicht auf den gerichtlichen arbiter, er ist nicht von allen gesetzlichen Vorschriften befreit, und sein Urtheil kann angefochten werden (zu Ciceros Zeit nur in sehr beschränktem Umfange). Dahingegen passt die infinita largitio durchaus auf den Schiedsrichter, dessen Spruch, er mag billig oder unbillig sein, unanfechtbar ist:

l. 27 § 2 D. de rec. 4, 8: stari autem debet sententiae arbitri, quam de re dixerit, sive aequa sive iniqua sit ...[10])

---

[8]) cf. l. 11 § 9 D. de act. emti 19, 1: idem ait, non tradentem, quanti intersit, condemnari; satis autem non dantem, quanti plurimum auctorem periclitari oportet.

[9]) l. 27 § 2 D. de rec. 4, 8.

[10]) Vgl. auch die Schilderung bei Seneca de benef. 3, 7: libera et nullis adstricta vinculis religio sowie de clem. 2, 7: liberum arbitrium

Im § 13 berührt Cicero die Stellung des Urtheilers im Vorprocess resp. im gegenwärtigen:

caeteri quum ad iudicem causam labefactari amimadvertunt, ad arbitrum conveniunt, hic ab arbitro ad iudicem venire est ausus . . .

Cicero beginnt also mit der Bemerkung, dass der Kläger bei zweifelhaften Rechtsansprüchen sich nicht an einen iudex wende, sondern an einen arbiter; die Bemerkung ist nur dann haltbar, wenn man unter arbiter einen Schiedsrichter versteht; denn Cicero spricht sie in ganz allgemeiner Weise aus, er unterscheidet nicht die verschiedenen Arten der Obligationen, und wie wäre es denkbar, dass ein Darlehnsgläubiger, statt des iudex einen arbiter im Sinne eines gerichtlichen arbiter wählt?

2. Als zweiten Grund für die Meinung, dass der Vorprocess ein ordentliches gerichtliches Verfahren gewesen, wird angeführt, dass der Kläger den Arbiter gewählt habe, während über den Schiedsrichter beide Theile von vornherein übereinkommen.[11]) Dieser Behauptung liegt irgend ein Missverständniss zum Grunde; Cicero spricht von der Bestellung des Urtheilers im Vorprocess an zwei Stellen:

§ 12 . . . Ipse C. Piso est; eundemne tu arbitrum et iudicem sumebas?

§ 26 . . . Dic nunc, Roscium abs te petisse, ut familiarem suum sumeres arbitrum . . .

In keiner von beiden erklärt Cicero, dass Fannius im Vorprocess den Piso als Richter vorgeschlagen habe (— das ist doch der Sinn der gegnerischen Behauptung —); der Vorschlag wird bekanntlich mit iudicem ferre ausgedrückt; Cicero aber braucht beide Male die Redeweise: iudicem, arbitrum sumere; dieser Ausdruck wird aber gerade gebraucht, um die Einigkeit beider Theile zu bezeichnen, und Rudorff[12]) hebt ausdrücklich hervor, dass er besonders beim Compromiss üblich ist; man vergleiche

---

habet, non sub formula sed ex aequo et bono iudicat et absolvere illi licet, et quanti vult taxare litem.

[11]) Bethmann-Hollweg a. a. O. Note 13.

[12]) Röm. Rechtsg. Bd. 2 § 9 N. 3.

l. 33 D. de rec. 4, 8: arbiter ita sumtus ex compromisso ...
Pauli sent. rec. V, 5ª § 1: ... ex compromisso autem iudex sumtus rem iudicatam non facit....

Hiernach lässt sich mit viel mehr Recht behaupten, dass Cicero's Bericht über die Wahl des Urtheilers den Vorprocess zu einem schiedsrichterlichen Verfahren stempelt.

3. Als drittes Argument fungirt der Ausgang des Vorprocesses; Cicero schildert ihn im § 26 in folgender Weise:

..Dic pactionem fecisse (Roscium), ut absolveretur; non pepigit. Quaere, quare sit absolutus; quod erat summa innocentia et integritate. Quid enim factum est? Venisti domum ultro Rocii; satis fecisti; quod temere commisisti [13]) in iudicium ut denuntiaret, rogasti ut ignosceret; te adfuturum negasti; debere tibi ea societate nihil clamitasti; iudici hic denuntiavit; absolutus est. Tamen fraudis ac furti mentionem facere audes? Perstat in impudentia; pactionem enim, inquit, mecum fecerat, idcirco videlicet ne condemnaretur.

Hiernach ist Roscius freigesprochen worden, und zwar, weil Fannius (nachdem Piso einen für Fannius höchst günstigen Vergleich vorgeschlagen hatte), den Roscius beauftragte, vor dem Richter zu erklären, dass er die Klage ohne Grund angestellt habe, und weil er zur Bekräftigung dieses Auftrags vor dem Richter nicht erschien. Bethmann-Hollweg weist nun darauf hin, dass das Compromiss durch Vergleich aufgehoben werde, ohne dass ein Urtheil erfolge, [14]) und behauptet, dass die Freisprechung des Roscius erfolgte, trotzdem er sich mit Fannius verglichen; er schliesst daraus, dass das Verfahren kein compromissarisches gewesen sein könne. Diese Argumentation leidet an dem Fehler, dass sie einen unter den Parteien lebhaft ventilirten Streitpunkt ohne weiteren Beweis im Sinne der einen entscheidet. [15]) Der oben angeführte Text der Ciceronianischen Rede zeigt ja, dass Roscius den Vergleich leugnete, Fannius ihn behauptete, und ich werde später nach-

---

[13]) Schon Bethmann-Hollweg hat die Conjectur „compromisisti" aufgestellt.

[14]) l. 32 §§ 3. 5 D. de rec. 4, 8.

[15]) Dieser Vorwurf trifft nur Bethmann-Hollweg, nicht Schmidt; dieser letztere (S. 5 Note 12) macht auf den Streitpunkt aufmerksam.

weisen, dass der Vergleich von Piso vorgeschlagen, aber bloss von Fannius und nicht von Roscius vollzogen worden ist.

Die Freisprechung des Roscius erfolgte, weil Fannius durch diesen dem Arbiter erklären liess, dass er keinen Grund zur Aufrechterhaltung des Compromisses habe, m. a. W. dass er es fallen lasse. Dass übrigens die Freisprechung in Abwesenheit des Klägers erfolgte, ist kein Grund gegen die Annahme eines Compromisses; denn wenn auch in der Regel der Schiedsrichter nur in Anwesenheit beider Parteien sein Laudum fällen soll, so können doch die letzteren verabreden, dass die Abwesenheit kein Hinderniss sein solle,[16]) und die Cautelarjurisprudenz der Römer hat sicherlich hierauf die gebührende Rücksicht genommen.[17])

Im Vorhergehenden ist die gegnerische Meinung nicht bloss widerlegt sondern auch die meinige begründet worden. Noch aber ist ein Hauptargument anzuführen.

Bethmann-Hollweg[18]) allein hat die volle Consequenz der gegnerischen Meinung gezogen. Da nämlich Cicero wiederholt hervorhebt, dass der Vor- und der gegenwärtige Process denselben Gegenstand betreffen, so würde, falls die gegnerische Meinung richtig wäre, der Satz aufgestellt werden müssen, dass die condictio (der gegenwärtige Process) durch die Litiscontestatio mit der actio pro socio (dem angeblichen Charakter des Vorprocesses) nicht consumirt wurde. Das wird von Bethmann-Hollweg behauptet, aber es widerspricht direct der

> l. 5 D. de exc. rei iud. 44, 2: de eadem re agere videtur, et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiamsi alia experiatur, de eadem tamen re. Utputa si quis mandati acturus, quam ei adversarius iudicio sistendi causa promisisset, propter eandem rem agat negotiorum gestorum vel condicat, de eadem re agit.

Es lässt sich überdies aus inneren Gründen nicht halten. Ich werde später die condictio certi mit der vindicatio non expressa causa vergleichen, — ein Vergleich, der um deshalb zulässig ist, weil unzweifelhaft die gegen Roscius angestellte

---

[16]) l. 27 § 4 D. de rec. 4, 8.

[17]) Dass dies auch die Meinung Rudorffs war, folgt aus seinem Entwurf des Compromissvertrages (R. Rechtsg. Bd. 2 § 68 S. 224f.).

[18]) a. a. O. Note 42 auf S. 820.

Condictio in ihrer Formel keine causa debendi enthielt;[19]) nun lehren die Quellen, dass, wenn Jemand die vindicatio expressa causa angestellt hat, er später die vindicatio nicht mehr non expressa causa sondern nur alia causa expressa anstellen dürfe:

l 11 § 2 D. de exc. rei iud. 44, 2: si quis autem putat fundum suum esse eo, quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat, causa adiecta non debet summoveri exceptione.

Es ist eine zwingende Analogie vorhanden, dass derjenige Gegenstand, welcher mit der act. pro socio eingeklagt worden, nicht später mit der der Causa entbehrenden Condictio gefordert werden kann; denn in der letzteren würde ja die im Vorprocess geltend gemachte Causa wieder mitbegriffen und die exc. rei in iudicium deductae resp. iudicatae begründet sein. — Uebrigens macht Cicero in § 25 dem Kläger einen Vorwurf, weil er gegenwärtig nicht die act. pro socio sondern die cond. certi angestellt habe:

nam quo tu tempore illa formula (scil. pro socio) uti noluisti, nihil hunc in societatem fraudis fecisse iudicasti ...

Der Vorwurf wäre undenkbar, wenn Fannius schon vorher einmal die act. pro socio angestellt hätte, da ihm dann die exc. rei in iudicium deductae entgegengestanden haben würde; über dieses Argument kommt Bethmann-Hollweg (S. 822 f.) nur dadurch hinweg, dass er den Cicero der „absichtlichen Ignorirung" beschuldigt; es ist dies ein wohlwollender Ausdruck für Lüge, und eine Lüge, die dem Richter sofort offenbar ist, darf man doch nur einem kopflosen Advocaten zutrauen.

Ich wende mich zu dem von Piso vorgeschlagenen Vergleich, zufolge welches das Vorverfahren ein Ende nahm, über dessen Abschluss aber, wie bemerkt, die Parteien streiten. Cicero schildert ihn mit folgenden Worten:

Tu enim (Piso) Q. Roscium pro opera, pro labore, quod cognitor fuisset, quod vadimonia obisset, rogasti ut Fannio daret HS ccciↃↃↃ hac condicione, ut, si quid ille exegisset a Flavio, partem eius dimidiam Roscio dissolveret (§ 38).

---

[19]) Man ist hierüber auf allen Seiten einig, ich komme darauf später zurück; vgl. vorläufig das 4. und 5. Capitel der Rede.

Man erinnere sich, dass im Vorverfahren Fannius bloss 50 000 Sesterzen gefordert hatte, indem er den Werth des von Flavius an Roscius gegebenen Grundstücks auf 100 000 Sesterzen schätzte. Was vermochte den Piso, über das Petitum des Klägers bei seinem Vergleichsvorschlage hinauszugehn? Frühere Interpreten haben deshalb die Vergleichssumme durch Conjectur herabzusetzen gesucht; Schmidt und Bethmann-Hollweg halten an der handschriftlichen Summe fest, weil nach dem Bericht Ciceros[20]) einerseits Fannius die Summe von 100 000 Sesterzen als Schuld des Roscius in seine Adversarien eintrug, andererseits, weil Roscius dem Fannius 50 000 Sesterzen als Hälfte der Schuld zahlte (§ 51 der Rede). Ohne Zweifel muss man ihnen zustimmen. Cicero giebt ja auch zwei Gründe für die Ueberschreitung des Petitum an: die Mühewaltung des Fannius als Cognitor des Roscius, die Gefahren, die ihm aus den Vadimonien erwuchsen. Vielleicht sind diese Gründe nur eine wohlwollende Verhüllung derjenigen Motive, welche den Piso in Wirklichkeit leiteten.[21])

Man kann sich nämlich bei Beurtheilung des Vorprocesses auf einen doppelten Standpunkt stellen: auf den juristischen oder auf den des guten Anstandes.

Vom juristischen Standpunkt aus kann man die Frage aufwerfen, ob zur Zeit überhaupt eine Societas zwischen Roscius und Fannius bestand; die Societas bezüglich des Panurgus war aufgelöst durch dessen Tödtung;[22]) die act. legis Aquiliae stand jedem Miteigenthümer bezüglich seines Antheils völlig unabhängig und ohne Zusammenhang mit der des anderen zu; dahingegen kann die Behauptung aufgestellt werden, dass die früheren Socii eine neue Societas bezüglich des Processes gegen Flavius eingegangen waren (— ich komme hierauf später unter IV. zurück —); von hier aus kann man höchstens den

[20]) Vgl. §§ 4. 51 der Rede.

[21]) Bethmann-Hollweg erklärt den Vergleichsvorschlag für parteiisch zu Gunsten des Fannius, ohne die Parteinahme zu motiviren. Schmidt denkt, dass noch andere Societätsforderungen bestanden, aber mit keinem Worte werden solche erwähnt; Huschke spricht von Vorspiegelungen des Fannius gegenüber Roscius, um diesen zu der hohen Summe zu bewegen; hätte Cicero ihm diese nicht vorgehalten?

[22]) Daher Ciceros Worte in § 38: in societate dissoluta.

Roscius für schuldig erachten, die Hälfte des empfangenen Vergleichsobjects an Fannius herauszugeben; die darüber hinausgehende Vergleichsproposition des Piso ist juristisch unhaltbar.

Anstandsrücksichten freilich mussten den Roscius unbedingt abhalten, hinter dem Rücken des Fannius sich mit Flavius zu vergleichen; ein Vergleich hinter dem Rücken des Fannius ist es gewesen, sonst wäre er Fannius nicht so viele Jahre unbekannt geblieben. Fannius schrie über Betrug und Diebstahl, und noch im gegenwärtigen Process wiederholte er dies (§ 16—26 der Rede). Natürlich ist diese Anklage nicht wörtlich und juristisch zu nehmen, sondern als der Vorwurf eines rücksichtslosen, im Handel und Wandel unerhörten Benehmens. Man denke nur: eine materielle Auslage hatte nur Fannius gehabt, er allein warf den Panurgus in die Societät, der Beitrag des Roscius war ein Zeitaufwand, und sicherlich ein Zeitaufwand, der den Roscius in seinem schauspielerischen Gewerbe nicht störte,[23]) also ihm nichts kostete; hierauf führte Fannius auch den Process gegen Flavius nicht bloss für sich sondern auch für Roscius, er also benahm sich in der Art eines braven Gesellschafters, und trennte sein Interesse nicht von dem des Roscius. Und nunmehr vergleicht sich Roscius für seinen Theil mit Flavius! Das formelle Recht hierzu besass er unzweifelhaft; gebot aber nicht die gute Sitte, dass er alle Vergleichspropositionen des Flavius, wenn sie nur seinen Theil betrafen, zurückwies? Musste er nicht wenigstens vor Abschliessung des Vergleichs dem Fannius Mittheilung machen, und diesem Gelegenheit zur Wahrung seines Interesses geben? Ich weiss nur Einen Entschuldigungsgrund für Roscius: es ist die bekannte schauspielerische Leichtsinnigkeit oder (wenn dies Wort einem Roscius gegenüber zu hart ist) Unerfahrenheit in allen Geldsachen. Cicero hat gut reden, dass Fannius sich auch hätte vorsehen und auch einen Vergleich hätte abschliessen sollen (§ 32 der Rede); der Umstand, dass Flavius nicht baares Geld, sondern einen Acker leistete, beweist doch augenscheinlich, dass er nicht vollkommen zahlungsfähig war, und dass

[23]) Cicero sagt bloss, dass es dem Roscius viel Mühe und Aerger kostete: summo cum labore, stomacho miseriaque erudiit (§ 31 der Rede).

Roscius auf Kosten seines früheren Socius sein eignes Interesse wahrnahm. In der That, der Charakter des Roscius lief Gefahr, mit einem Makel behaftet zu werden; für eine der Oeffentlichkeit angehörige und wegen ihrer künstlerischen Grösse in den höchsten Gesellschaftskreisen zugelassene Persönlichkeit war die Gefahr von grosser Bedeutung; die gesellschaftliche Stellung des Roscius stand auf dem Spiel. Hier ist das grosse Geschick des Piso anzuerkennen. Die bisherigen Interpreten [24]) erklären ihn für parteiisch, und machen ihm eine entschiedene Begünstigung des Fannius zum Vorwurf. Ganz das Gegentheil findet statt; er räth dem Roscius, sich energisch aus der schmutzigen Affaire zu ziehen, und — wenn der Ausdruck gestattet ist — den ganzen Bettel dem Fannius an den Hals zu werfen; bloss die Ehre des Roscius liegt ihm am Herzen, diese aber wahrt er materiell und formell; materiell: durch die (offenbar fadenscheinige) Bezugnahme auf die Mühewaltung und Gefahren des Fannius als Cognitor, [25]) formell: durch die ungemein höfliche Form des Vergleichsvorschlags, tu enim (sagt Cicero in § 38) Q. Roscium ... *rogasti* ut Fannio daret HS ccclↃↃↃ; nicht einen puren schiedsrichterlichen Vergleichsvorschlag macht Piso dem Roscius, er unterstützt ihn durch seine Bitte, und um zugleich der Welt darzuthun, dass Roscius keineswegs ohne Rechtsansprüche sei, so verpflichtet er den Fannius zu dem Versprechen, die Hälfte dessen, was er später von Flavius erhalten sollte, an Roscius herauszugeben. Natürlich war durch diesen Vorschlag Fannius so erfreut, dass er seinen Gleichmuth verlor; er eilt zu Roscius, und dort kommt es zu der bereits oben erwähnten Scene: Fannius bekennt laut, völlig im Unrechten zu sein, er habe gar nichts aus der Societät zu fordern, er habe ganz ohne Grund das Compromiss geschlossen, er werde auch nicht mehr vor dem Arbiter erscheinen, er bat um Verzeihung, er erschien

---

[24]) Zuletzt noch Bethmann-Hollweg, S. 808 in Note 11.

[25]) Es ist hierbei hervorzuheben, dass nach Ciceros Mittheilung die ganzen 100 000 Sesterzen für diese Mühewaltung und Gefahren gezahlt werden, und dass es falsch wäre, die Summe in zwei Hälften getheilt zu denken: die eine Hälfte für die Cognitorfunction, die andere Hälfte als Zahlung der Societätsschuld. Dies thut Bethmann-Hollweg.

nicht mehr vor dem Arbiter, und Roscius wurde von dem letzteren freigesprochen (§ 26 der Rede).

Ist der Vergleich erfüllt worden?

Unzweifelhaft von Fannius; Cicero erzählt nicht bloss, dass er das Versprechen abgegeben,[26]) sondern er führt den Wortlaut der Restipulation an:

QUOD A FLAVIO ABSTULERO, PARTEM DIMIDIAM INDE ROSCIO ME SOLUTURUM SPONDEO (§ 37 der Rede).

Was Roscius betrifft, so wird die Frage, ob er die Zahlung der 100 000 Sesterzen in einer juristisch bindenden Form versprochen, erst später erörtert werden, da sie eben eine Hauptfrage des gegenwärtigen Processes ist. Jetzt mache ich darauf aufmerksam, dass Piso an sofortige Zahlung dachte (rogasti ut daret im § 38); Roscius zahlte denn auch die eine Hälfte mit 50 000 Sesterzen (§ 51 der Rede); die andere Hälfte liess er unbezahlt, vielleicht deshalb, weil er hoffte, dass Flavius an Fannius eine Zahlung machen werde; in der That behauptet Roscius im gegenwärtigen Process, dass Flavius dem Fannius 100 000 Sesterzen gezahlt habe; Fannius freilich bestreitet diese Behauptung, und der Beweis, welchen Cicero antritt, (§ 42—51 der Rede), kann keineswegs als ein gelungener gelten. Er beruft sich auf den Richter in dem zwischen Fannius und Flavius schwebenden Vorprocess; dieser, der Römische Ritter Cluvius, habe zweien Senatoren, dem T. Manilius und C. Luscius im Privatgespräch die betreffende Mittheilung gemacht; die Senatoren beeideten ihre Aussage und Cicero liess sie verlesen. Ich verstehe nicht, wie Bethmann-Hollweg auf Grund dieser Aussage es als feststehend annimmt, dass Flavius an Fannius die Zahlung von 100 000 Sesterzen wirklich geleistet haben; die Zeugen sind doch reine testes de auditu, und der es ihnen mittheilte, war unbeeidet. Ich begreife nur soviel, dass Roscius von der Zahlung im höchsten Grade überzeugt war, und dass er deshalb sich weigerte, die zweite Hälfte der von Piso vorgeschlagenen Summe

[26]) Satisfecisti im § 26 der Rede; ferner: qua malum stultitia fuit Roscius, qui ex iurisperitorum consilio et auctoritate restipularetur a Fannio diligenter, ut, quod is exegisset a Flavio, dimidiam partem sibi dissolveret im § 56 der Rede.

zu zahlen. Zur Compensation stellte er seine Gegenforderung aus der Restipulation, die doch durch die angebliche Zahlung des Flavius an Fannius existent geworden war, nicht; er konnte dies nicht, weil dies zu damaliger Zeit noch nicht zulässig war (Gaius 4, 63 sqq.), sondern er leugnete, dass er zur Zahlung verpflichtet sei.

II.

Man erwartet nach dem Vorhergehenden, dass Fannius gegen Roscius die Klage auf Erfüllung des Vergleichs, soweit letzterer noch unerfüllt war, anstellte. Als solche Klage pflegt man, falls nicht der Vergleich in einen bestimmten benannten Vertrag ausläuft, die actio praescriptis verbis anzugeben, da sich der Vergleich als ein Innominatcontract darstellt. Im vorliegenden Falle kann von der act. praescr. verbis nicht die Rede sein; ich lasse dabei die Streitfrage, ob sie schon zur Ciceronianischen Zeit existirte, bei Seite,[27] und hebe nur hervor, dass es sich hier um die Form facio ut des handelt (Fannius hat promittirt, Roscius soll zahlen), und dass bei dieser Form bekanntlich noch Paulus die act. praescr. verbis versagt.[28]

Die angestellte Klage ist die condictio certae pecuniae;[29] Cicero bezeichnet die Klage überhaupt nicht mit dem technischen Namen, er beschreibt sie nur mehrmals:

§ 10 pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per iudicem...

§ 13 praeterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio.

§ 14 pecunia petita est certa...

man darf sich deshalb nicht wundern, dass er den Ausdruck condictio certae pecuniae nicht gebraucht; er giebt ihre Formel an:

§ 11 si paret HS ꟾↃↃↃ dari...

sie ist dieselbe wie die bei Gaius III, 91 und im § 1 der In-

---

[27]) Vgl. Rudorffs R. Rechtsg. Bd. 2 § 49 N. 19, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 481 ff.

[28]) l. 5 § 3 D. de pr. verb. 19, 5.

[29]) S. hierzu die Heimbachsche Doctordissertation: obs. iur. Rom. liber. § 1. Lips. 1834.

stitutionen qu. mod. re contr. 3, 14 uns erhaltene Darlehnsformel, welche unstreitig eine cond. certae pecuniae war:

> is quoque qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur, nam perinde ei condici potest „si paret eum dare oportere", ac si mutuum accepisset.

Auch stimmt sie mit der bei Gaius 4, 64 erhaltenen Formel des Argentarius, die unzweifelhaft eine condictio certae pecuniae war:

> argentarius cogitur cum compensatione agere, et ea compensatio verbis formulae exprimitur, adeo quidem, ut ab initio compensatione facta minus intendat, sibi dari oportere, ecce enim si sestertium X milia debeat Titio, atque ei XX debeantur, sic intendit: „si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet" . . .

Hiernach steht unter den Interpreten der Charakter der Klage als condictio certae pecuniae fest.

Auch das steht unter den Schriftstellern fest, dass in der Klagformel die causa des klägerischen Anspruchs nicht angegeben war; denn nicht bloss fehlt die Causa in dem oben wörtlich mitgetheilten Bruchstück der Formel (gleichwie in den übrigen aus Gaius und den Institutionen citirten Bruchstücken), sondern auch die Deduction Ciceros in den §§ 13. 14 zwingt uns zu dieser Meinung:

> iam duae partes causae sunt confectae: adnumerasse sese negat, expensum tulisse non dicit, quum tabulas non recitat; reliquum est, ut stipulatum se esse dicat; praeterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio . . .

Die Klage des Fannius, meint Cicero, kann eine von drei Causae haben, und deshalb geht er alle drei durch; dass nicht alle drei in der Formel gestanden haben können, bedarf keiner Ausführung; mit Nothwendigkeit ergiebt sich, dass keine in der Formel stand.[30])

Enthielt aber die Formel keine Causa (— ich habe dafür in meinen Pandecten § 84 den Namen „abstracte Formel" vorgeschlagen —), so folgt mit Nothwendigkeit, dass sie auf irgend welche Causa gestützt werden konnte. Die Ansicht, die ich hier ausspreche, ist nicht neu; ich stütze sie

[30]) Savigny, System Bd. 5 S. 610.

nur auf ein neues Argument. Es handelt sich um die bekannte Streitfrage, ob, wie l. 9 D. de reb. cred. 12, 1 besagt, die cond. certi auf jede Forderung anwendbar ist, welche der Gläubiger als certum qualificirt. Die bejahende Ansicht führte bei den Byzantinern[31]) zur Aufstellung der condictio certi generalis, Keller[32]) bekennt sich zu ihr, indem er die cond. certi mit jeder anderen actio ex contractu oder ex delicto electiv concurriren lässt; und ihm sind Krüger[33]) und Ubbelohde[34]) gefolgt. Die herrschende Ansicht ist bekanntlich die entgegengesetzte; von Savigny an bis zu Bethmann-Hollweg[35]) und Bekker[36]) erklärt man die Condictio an feste bestimmte Entstehungsgründe gebunden.

Auch ich bekenne mich, wie Keller, zur bejahenden Ansicht. Gerade die Rede Ciceros für Roscius giebt mir das schon oben berührte neue Argument in die Hand: nicht auf die äusserliche Autorität der l. 9 D. de reb. cred. 12, 1 stütze ich mich (das ist die Hauptschwäche in der bisherigen Vertheidigung), sondern darauf, dass die cond. certi keine Causa enthält; an diesem Orte lasse ich die sonstigen Zeugnisse bei Seite und beschränke mich auf Ciceros Rede.

Eine abstracte persönliche Klage bietet offenbar das Seitenstück zu der actio in rem non expressa causa. Von der letzteren sagt l. 14 § 2 D. de exc. rei iud. 44, 2 ausdrücklich, dass der Kläger sich auf irgendwelche Causa stützen könne:

> ... at quum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur...

---

31) Basilicorum lib. 23 t. 1. scholion Stephani (Heimbachsche Ausgabe 2, 591).

32) Röm. Civilpr. § 88 Note 1107 der 5. Ausg. Schon vor Keller hat Schmidt in seinem Commentar S. 6 zu unserer Rede die gleiche Ansicht aufgestellt; ebenso Hasse im Rhein. Mus. Bd. 6 S. 75 sq.

33) Proc. Cons. S. 105—110.

34) Ipso iure compensatur S. 186 N. 11 S. 192 N. 21.

35) Civilprocess Bd. 2 § 93 Anm. 78.

36) Actionen 1, 137 ff.

Warum sollte denn die abstracte persönliche Klage anderen Grundsätzen unterworfen sein? Ist die Formel die Basis für die Verhandlung der Parteien vor dem Geschworenen und für das Urtheil des Geschworenen, so ist bei abstracter Klagformel der Kläger in voller Freiheit, irgend eine Causa anzuführen. Wir werden später sehen, dass Fannius sich in Wahrheit auf verschiedene Causae stützte.

Vorläufig muss noch ein Einwand, der denkbar ist, zurückgewiesen werden. Wenn nämlich die cond. certi eine abstracte Klage ist, und demgemäss der Kläger sich auf irgendwelche Causa stützen kann: mit welchem Recht behauptet denn Cicero, dass Fannius sich höchstens auf Darlehn, Stipulation, Expensilation stützen dürfe, eine sonstige Causa der Klage sei ihm unerfindlich?

> § 13. Jam duae partes causae sunt confectae; adnumerasse sese negat; expensum tulisse non dicit, quum tabulas non recitat; reliquum est, ut stipulatum se esse dicat; praeterea enim quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio.

Hier ist der Punkt, wo die bisherigen Interpreten[37]) einen wichtigen Umstand übersehen haben. Ich habe oben zwei Stellen der Rede angeführt, an welchen Cicero die Klage beschreibt; an beiden sagt er nicht kurzweg, dass pecunia certa eingeklagt sei, sondern er fügt noch hinzu, dass die Parteien eine Wette auf den dritten Theil eingegangen sind:

> § 10 pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per iudicem, in qua legitimae partis sponsio facta est...
>
> § 14 pecunia petita est certa, cum tertia parte sponsio facta est ... (vgl. auch die vorhergehenden Worte: formulae et sponsioni ...)

Nun wissen wir aus Gaius 4, 13. 171, dass die sponsio tertiae partis bloss bei certa pecunia credita stattfand. Dadurch bekommt die abstracte cond. certi doch wieder ein individuelles Gepräge, — ein Punkt, der mich noch später be-

---

[37]) Auch die Schriftsteller, welche gelegentlich auf den Process eingehen, vgl. als letzten Pernice, Labeo 1, 418.

schäftigen wird. Was aber ist pecunia credita? Gaius 3, 124 definirt sie:

> pecuniam creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus sed omnem, quam tum, quum contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est quae sine ulla condicione deducitur in obligationem . . . .[38])

so dass also auch der Kaufpreis einer Sache darunter fiele. Aber sicherlich ist dies nicht der Ciceronianische Begriff von pecunia credita. Man erinnere sich an die bekannte Stelle von African,[39]) worin er erklärt, dass pecunia credita aus einer nuda pactio nicht entstehen könne, und dass der Procurator des Gläubigers, welcher die Schuld vom Schuldner eingezogen hat, nicht durch einen blossen Brief das Eingezogene in pecunia credita umwandeln könne. Danach ist auch der Kaufpreis, der vom Verkäufer dem Käufer creditirt wird, keine pecunia credita im Sinne Africans und ebensowenig in dem der Jurisprudenz zu Ciceros Zeit. Unzweifelhaft unterlag der Begriff der pecunia credita einer geschichtlichen Entwickelung; er begann mit dem Darlehn,[40]) er schritt fort zur Stipulation und dem Literalcontract, er erreichte seine Vollendung in der Zulassung einer formlosen Creditabrede über irgend eine Schuld. Auf der zweiten Stufe steht der Begriff noch in dem Anfang des zweiten Jahrhunderts n. Chr.; wie man diese zweite Stufe erklären soll: ob mit Savigny, dass in der Stipulation und im Literalcontract ein fingirtes Darlehn gesehen wurde, oder mit Heimbach, dass alle Schulden aus negotia stricti iuris unter die pecunia credita subsumirt wurden: das kann hier völlig hingestellt bleiben. Für das Verständniss der Ciceronianischen Rede genügt die Feststellung, dass zu Ciceros Zeit der Begriff noch kein fertiger war; das Zeugniss des Africanus beweist dies unwiderleglich; ja, aus diesem Zeugniss folgt mit Nothwendigkeit, dass noch zu seiner Zeit

---

[38]) Voigt, über die cond. ob causam S. 269 nimmt an, dass der von Gaius anfgestellte Begriff der pecunia credita sich bloss auf die l. Cornelia de satisdationibus bezog.

[39]) l. 34 pr. D. mand. 17, 1. Bekanntlich ist Ulpian in l. 15 D. de reb. cred. 12, 1 anderer Ansicht.

[40]) Voigt, über die cond. ob causam, § 39 sqq. nimmt die Stipulation als Ausgangspunkt an.

zur pecunia credita bloss die adnumerata, stipulata, expensilata gerechnet wurden; ich wüsste wenigstens, wenn man mit Africanus die nuda pactio als Grund streicht, keinen Fall ausser jenen dreien anzuführen.

Nunmehr stellt sich die Klage des Fannius folgendermassen:

Er hat mit der cond. certae pecuniae geklagt, und ist deshalb befugt, irgend welche Causa zur Begründung der Klage auszuführen; im Nachstehenden wird gezeigt werden, dass er zwei Causae behauptet: Literalcontract und Societät. Er hat aber gleichzeitig die sponsio und restipulatio tertiae partis mit Roscius abgeschlossen, und diese Wette gewinnt er nur dann, wenn er die pecunia credita beweist (im vorliegenden Fall den Literalcontract); gelingt ihm dieser Beweis nicht, so gewinnt er zwar, wenn er eine andere Causa (im vorliegenden Fall die Societätsforderung) beweist, das eingeklagte Processobject von 50 000 Sesterzen, er wird aber wegen der Restipulatio zu einem Drittel des Processobjects verurtheilt. Nach dieser Erörterung wird man die Worte Ciceros in §§ 14. 15 verstehen; nachdem er nämlich in den ersten 13 Paragraphen der Rede zu zeigen gesucht, dass keine pecunia credita vorliege, und den betreffenden Theil der klägerischen Ausführung sattsam widerlegt zu haben sich berühmt, fährt er also fort:

> Hic ego si finem faciam dicendi, satis fidei et diligentiae meae, satis causae et controversiae, satis formulae et sponsioni, satis etiam iudici fecisse videar; cur secundum Roscium iudicari debeat . . . quid ergo est? Quod et reus is est, cui res et pecunia levissima et existimatio sanctissima fuit semper, et iudex est is, quem nos non minus bene de nobis existimare quam secundum nos iudicare velimus, et advocatio ea est, quam propter eximium splendorem ut iudicem unum vereri debeamus: *perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint*, perinde dicemus. Illa superior fuit oratio necessaria, haec erit voluntaria; illa ad iudicem, haec ad C. Pisonem; illa pro reo, haec pro Roscio; illa victoriae, haec bonae existimationis causa comparata.

Cicero thut einen Augenblick so, als habe Fannius durch Abschluss der sponsio tertiae partis den abstracten Charakter der cond. certae pecuniae abgestreift, als habe er sie dadurch in eine Klage mit den drei Causae der pecunia credita umgewandelt, und erklärt sein Amt deshalb als beendigt. Da er sich aber erinnert, dass diese Auffassung der sponsio tertiae partis weder der Gegner gelten lassen noch der Richter anerkennen wird, so erklärt er, freiwillig diejenigen Ausführungen geben zu wollen, wie sie die Natur einer abstracten Klage verlangt; das ist der Sinn der oben gesperrt gedruckten Worte, in denen er verspricht, die Formel so aufzufassen, als wären in ihr alle iudicia legitima, alle arbitria honoraria beschlossen; rednerisch fügt er noch die officia domestica hinzu, die doch überhaupt in keine Formel passen. Puchta[41]) hat diese Worte missverstanden; er führt die regelmässige Gliederung der Reden bei den Römern an: principium, narratio, divisio, confirmatio, confutatio, conclusio, und bemerkt, dass diese Theile in der Praxis nach Bedürfniss des Falles eine andere Ordnung erhalten konnten; dies konnte namentlich die narratio betreffen, und so habe denn Cicero die Narratio erst in dem zweiten Theil der Rede gebracht, der erste Theil (meint Puchta) sei bloss die Darlegung, dass der Anspruch des Fannius so, wie er erhoben worden, unbegründet sei. Meines Erachtens erhält der erste Theil der Rede gerade so gut eine Narratio wie der zweite; die Narratio des ersten bezieht sich auf die klägerische Behauptung, dass pecunia credita vorliege, die des zweiten auf die Begründung des klägerischen Anspruchs aus der Societät.

III.

Pecunia credita ist zu Ciceros Zeiten, wie ausgeführt, dreifach: eine Schuld aus Darlehn, aus Stipulation, aus Literalcontract. Man streitet, welche Causa Fannius behauptet habe. Dass er kein Darlehn behauptet habe, sagt Cicero wiederholentlich; Heimbach und Puchta denken nun an Stipulation,[42]) bei Abschluss des Vergleichs im Vorprocess habe Roscius

---

[41]) Rhein. Mus. f. Jurispr. 5, 319f.

[42]) Auch Keller, Inst. S. 109 spricht gelegentlich diese Meinung aus.

ebenso 100 000 Sesterzen dem Flavius durch Stipulation versprochen, wie er umgekehrt von ihm durch Restipulation das Gegenversprechen empfing, dass er ihm die Hälfte des etwa von Flavius später Erhaltenen herauszahlen werde; Unterholzner, Schmidt und Bethmann-Hollweg denken an Literalcontract. Mit Sicherheit trete ich den letzteren bei. Cicero äussert sich so:

§ 13: Jam duae partes causae sunt confectae; adnumerasse sese negat, expensum tulisse non dicit, quum tabulas non recitat; reliquum est, ut stipulatum se esse dicat; praeterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio. Stipulatus es? ubi? quo die? quo tempore? quo praesente? quis spopondisse me dicit? Nemo ...

§ 14 Pecunia petita est certa, cum tertia parte sponsio facta est. Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit. Datam non esse Fannius confitetur; expensam latam non esse, codices Fannii confirmant; stipulatam non esse, taciturnitas testium concedit.

In sehr scharfen Nüancen zeichnen diese Worte die Stellung des Klägers zu den einzelnen Causae. Das Darlehn hatte Fannius ausdrücklich in Abrede gestellt; den Literalcontract hatte er behauptet, aber nicht unter Berufung auf seinen codex accepti sondern (wie sich später ergeben wird) unter Berufung auf die Codices des Perperna und des Saturius sowie auf seine eigenen Adversarien; von der Stipulation hatte er völlig geschwiegen, sie weder vorgebracht noch darauf verzichtet; Cicero frägt deshalb (in § 13), ob er sie noch vorbringen wolle, und constatirt (in § 14), dass kein Zeuge davon rede; es kann kein Zweifel sein, dass Fannius darauf nicht recurriren wollte.

Was nun den Literalcontract betrifft, so würde ich es für einen Missbrauch erachten, wenn ich diese Materie einer neuen Prüfung unterzöge; noch unlängst (1873) gab Danz[43]) bloss einen Bericht über die bisher aufgestellten Meinungen, indem er hinzufügte, dass er nur Zweifels-, nicht aber Entscheidungsgründe geben könne, dass er nichts positiv Besseres an Stelle des ihm zweifelhaft Erscheinenden zu setzen habe.

---

[43]) Lehrbuch der Gesch. des R. R. II, 49.

Diese Worte möchte ich mir fast zu eigen machen. Ich kann aber umsomehr die soviel ventilirten Streitfragen bei Seite lassen, als sie grösstentheils in Theophilus' Paraphrase ihren Grund haben, welche den Literalcontract an selbständige Urkunden knüpft, während Gaius sie mit dem codex accepti et expensi in Verbindung bringt; die Rede Ciceros berührt nur den aus dem codex acc. et exp. hervorgehenden Literalcontract.

Thatsächlich muss Folgendes festgestellt werden:

1. Fannius hatte die eingeklagte Forderung nicht in seinen codex acc. et exp. eingetragen, sondern bloss in seine Adversarien. Es war dies ein unregelmässiges Verfahren, da der Sitte gemäss jeder, der einen Codex führte, die Eintragungen in denselben fast allmonatlich vornahm (§ 8 der Rede). Ob Fannius die Unterlassung rechtfertigte, ist nicht zu ersehen; Cicero wirft die rhetorische Frage auf, ob der Kläger zur Entschuldigung etwa anführen wolle, dass er die Schuld des Roscius nicht bekannt werden lassen wollte, ob er etwa von Roscius gebeten worden sei, die Eintragung zu unterlassen; er beantwortet sie sofort mit der Bemerkung, dass Fannius dann auch die Eintragung in die Adversarien hätte unterlassen müssen (§ 9 der Rede).

2. Dahingegen behauptete Fannius, dass seine Forderung in die Codices von M. Perperna und P. Saturius eingetragen worden sei. Dies ist der Sinn der Worte in § 3:

> Paullo ante M. Perpernae, P. Saturii tabulas poscebamus, nunc tuas, C. Fanni Chaerea, solius flagitamus ....

Den Interpreten ist mit Ausnahme von Schmidt diese Stelle entgangen; Cicero hatte kurz vorher das Verlangen gestellt, Kläger solle s e i n e n codex acc. et expensi vorlegen, und zugesagt, dass falls darin die Forderung eingetragen stände, er gegen die Verurtheilung des Verklagten nichts einwenden wolle. Hieran knüpft er die oben gedruckten Worte; er hatte also in dem uns verloren gegangenen Theil die Vorlegung der Codices von Perperna und Saturius verlangt, und das kann nur dann Sinn gehabt haben, wenn Kläger die Behauptung aufgestellt, dass die Forderung dort eingetragen sei. Cicero bezweifelt zwar das Vorhandensein der Eintragungen, und will deshalb die Codices einsehen; indess können wir nicht auf seine Seite treten; denn einerseits sitzt Perperna als

Berather des Piso, Saturius als Sachwalter des Klägers im Gericht; andererseits hat sich Fannius nach den bisherigen Erörterungen durchaus nicht von irgend einer Seite her als unglaubwürdig erwiesen.

Nunmehr ergiebt sich die interessante Rechtsfrage: Ist unter so bewandten Umständen die Eintragung in die klägerischen Adversarien ein Ersatz für die mangelnde Eintragung in den klägerischen Codex? Bethmann-Hollweg und Schmidt formuliren die Frage anders; sie meinen, es habe sich darum gehandelt, ob durch Eintragung in die Adversarien ein Literalcontract entstehe; Schmidt[44]) bejaht die Frage schlechthin, Bethmann-Hollweg lässt sie für Ciceros Zeit unentschieden, indem er hinzufügt, dass vielleicht damals die Bedingungen des Literalcontracts noch nicht ganz festgestanden haben. Diese schwankende Bemerkung ist sicherlich ungegründet; unzählige Stellen gerade bei Cicero zeigen, dass der Literalcontract damals ein völlig ausgebildetes Institut war. Auf der anderen Seite wäre es ein Räthsel, wie die Adversaria, wenn sie dem Codex acc. et exp. gleichgestanden hätten, ihre juristische Bedeutung verlieren konnten. Wenn endlich die alten Schriftsteller über den codex acc. et exp. sehr viel, über die Adversarien fast nichts berichten (— ausser in unserer Rede und einer Stelle bei Cornelius Nepos werden sie fast nirgends berührt —), so kann der Grund doch nur darin gelegen haben, dass die Adversarien juristisch keine Rolle spielten; auch die Justinianische Compilation enthält der Zeugnisse über den codex acc. et exp. mehrere; die Adversarien übergeht sie mit Stillschweigen.

Ganz anders stellt sich die Sache, wenn für die klägerische Forderung zwei Eintragungen in Codices aufgewiesen wurden, freilich Eintragungen nicht in den klägerischen Codex, sondern wie bemerkt in die von Perperna und Saturius. Die klägerische Behauptung lautete also folgendermassen: es sei ein wahres

---

[44]) Bei Bethmann-Hollweg finde ich seine Meinung nicht auffallend; er hat die Worte des § 3 übersehen; dahingegen habe ich es nicht verstanden, wie Schmidt, trotzdem er den § 3 richtig interpretirte, dennoch bei der Fragestellung ihn ganz ausser Acht lassen konnte; er ist dann zu dem Schluss gekommen, dass zu Ciceros Zeit die Eintragung in die Adversarien einen Literalcontract erzeugt.

nomen transcripticium vorhanden, entstanden durch Eintragung in Codices; allerdings befinde sich dabei eine gewisse Anomalie, es fehle die Eintragung in den Codex des Klägers, diese werde aber durch die in die klägerischen Adversarien ersetzt.

Die Eintragung der nomina transcripticia in fremde Codices finden wir mehrfach erwähnt:

§ 1 der Rede: solent fere dicere, qui per tabulas hominis (hones)ti pecuniam expensam tulerunt: egone talem virum corrumpere potui, ut mea causa falsum in codicem referret...
Cic. ad Att. 4, 18: haec pactio non verbis sed nominibus et perscriptionibus multorum tabulis quum facta esse diceretur...
Seneca de benef. II, 15: Utinam quidem persuadere possemus ut pecunias creditas tantum a volentibus acciperent! utinam nulla stipulatio emtorem venditori obligaret! nec pacta conventaque impressis signis custodirentur! fides potius illa servaret et aequum volens animus! Sed necessaria optimis praetulerunt et cogere fidem quam spectare malunt: adhibentur ab utraque parte testes; ille per tabulas plurium nomina interpositis parariis facit...
Idem de benef. II, 23: Quidam norunt nomina secum fieri nec interponi pararios nec signatores advocari nec chirographum dare; idem faciunt, qui dant operam, ut beneficium in ipso collatum quam ignotisimum sit...

Gewöhnlich führt man noch eine Stelle aus der Justinianischen Compilation an:

l. 5 § 8 D. comm. 13, 6: Si tibi codicem commodavero, et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris egoque hoc interlevero, si quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario iudicio....

Indess ist hier die Mitwirkung des Dritten lediglich auf die Hergabe des Codex beschränkt; auch ist nicht der Gläubiger der Eintragende, sondern der Schuldner stellt ein Chirographum aus. Die Stelle ist daher kein Beleg für das nomen facere per tabulas aliorum.

Welch eine Bedeutung hat die Eintragung in fremde Codices? Cicero erklärt, es sei des Beweises wegen, denn es

sei eine Anmassung, wenn ein Kläger sich auf seinen Codex berufe (§ 5 der Rede); auch Seneca ist dieser Meinung, denn er vergleicht in der oben abgedruckten Stelle (de benef. II, 23) diejenigen, welche keine Nomina machen und keine pararii (dies sind eben die Dritten, deren Codices benutzt wurden) zuziehen lassen wollen, mit Leuten, welche empfangene Wohlthaten möglichst verbergen möchten. Hält man diesen Stellen Gaius 3, 131 und Gellius XIV. 2 § 4 entgegen, so möchte man auf den ersten Blick einen Widerspruch mit Cicero und Seneca annehmen. Gaius sagt nämlich bezüglich der nomina arcaria, dass der Codex obligationis factae testimonium praebere; dass er an den eigenen Codex des Darlehngebers denkt, ergiebt sich mit Nothwendigkeit daraus, dass er diesen als Eintragenden bezeichnet.[45]) Wenn nun der Codex die nomina arcaria beweist, so hat er unzweifelhaft bezüglich der nomina transscripticia die gleiche Kraft gehabt. Auch Gellius erzählt von einem vor ihm als Geschworenem verhandelten Darlehn:

sed qui petebat, neque tabulis neque testibus id factum docebat...

Da er fremde und eigene tabulae nicht scheidet, so legt er offenbar beiden Beweiskraft bei. Ich sehe aber keinen Widerspruch zwischen diesen beiden Schriftstellern einerseits und Cicero resp. Seneca andererseits; denn beide leugnen ja nicht die Beweiskraft des eignen Codex[46]); Cicero namentlich erklärt es für unanständig, davon Gebrauch zu machen:

suum codicem testis loco recitare, arrogantia est (§ 5 der Rede);

aber gerade diese Bezeichnung zwingt zu dem Schluss, dass juristisch der eigne Codex Beweiskraft liefert; und dies wird bestätigt durch die Worte des § 7:

Itaque adversaria in iudicium protulit nemo, codicem protulit, tabulas recitavit...

Die Eintragung in fremde Codices unterstützte den Beweis,

---

[45]) Wenn das nomen in fremde Codices eingetragen wurde, so war der Eigenthümer des Codex der Eintragende; dies ist schon an sich selbstverständlich und ergiebt sich aus § 1 unserer Rede; derselbe ist auf der vorhergehenden Seite abgedruckt.

[46]) Anders Heimbach (Creditum S. 609); er legt deshalb der Stelle von Gaius einen höchst gekünstelten Sinn unter, nämlich dass der eigene

erhob ihn über jeden Zweifel, namentlich in Fällen, wenn der Beklagte seinen Codex, in welchem das Nomen nicht eingetragen war, zum Zwecke des Gegenbeweises producirte.

Ist der fremde Codex nur ein Beweismittel, so begreift man, dass Gaius 3, 128 sqq. vollständig von der Eintragung in denselben schweigt. Gaius erörtert die Entstehungsgründe der Obligationen; es entsteht aber die Literalobligation durch Eintragung in den eignen Codex.

Damit ist aber auch die ganze Werthlosigkeit der klägerischen Behauptung aufgezeigt. Die Eintragung in den eignen Codex hat eine ganz andere Bedeutung als die in den fremden, die erstere kann deshalb durch die letztere nicht ersetzt werden, und die letztere ist nicht im Stande, das, was der Eintragung in die eignen Adversaria fehlt, zu ergänzen.

Man erwartet nun, dass Cicero Folgendes ausführen würde. Es handle sich um einen Formalcontract, der, wenn auch nur im Geringsten in der Form gefehlt worden sei, nicht zur Giltigkeit gelange; im vorliegenden Falle könne man darüber streiten, ob die Form völlig mangle oder ob sie mangelhaft sei; erforderlich sei die Eintragung in den eignen Codex; statt dessen behaupte Kläger die Eintragung in fremde Codices und die in die eignen Adversaria; er zerlege das Eine und untheilbare Erforderniss in zwei incommensurable und unter einander nicht addirbare Halbheiten; das sei überall unzulässig, geradezu unerträglich sei es bei einem Formalcontract.

Man erwartet (sagte ich) eine solche Ausführung; aber Cicero giebt scheinbar eine andere; er schildert die nachlässige Abfassung der Adversaria, und die besonders aufmerksame des Codex; die Adversarien nennt er perscriptiones et liturae, d. h. bei ihnen kommen Durchstreichungen vor, das Eingetragene kann also nicht den Anspruch auf Richtigkeit erheben; er nennt sie deiecta, weil sie nach Kurzem vernichtet werden (§§ 6 und 7 der Rede). Ich leugne nicht, dass auf den ersten Anblick die Ausführung Ciceros den Eindruck macht, als wolle er darthun, dass die Adversarien unmöglich als Beweismittel angezogen werden dürfen, während

---

Codex nur unter der Bedingung die nomina arcaria beweise, wenn zugleich eine Eintragung in fremde Codices erfolgt ist.

der Codex ein untrügliches Beweismittel ist. Allein Cicero macht doch auch eine Aeusserung, welche von einem ganz anderen Gesichtspunkt ausgeht. Quodsi (beginnt er den § 6) eamdem vim, diligentiam auctoritatemque habent adversaria quam tabulae, quid attinet, codicem instituere, conscribere, ordinem conservare, memoriae tradere literarum vetustatem? Cicero spricht also den Adversaria nicht bloss die Beweisskraft sondern die vis, diligentia, auctoritas des Codex ab; das ist der von mir oben entwickelte Gesichtspunkt; er führt aus, dass der Codex unmöglich durch die Adversarien vertreten werden könne. Man ist versucht, dem Cicero einen Vorwurf daraus zu machen, dass er diesen Gesichtspunkt nicht selbständig darlegt, dass er ihn mit der Beweisfrage vermischt hat; allein liess sich denn beides absolut von einander getrennt halten? Ist nicht die Nachlässigkeit resp. die Sorgsamkeit der Abfassung einerseits der Grund dafür, dass dem einen die Beweiskraft abgesprochen wird, während sie dem anderen zukommt, andererseits dafür, dass der Literalcontract aus dem einen nicht hervorgehen kann, während er mit dem anderen verknüpft ist? Ich schlage dieses Argument so hoch an, dass ich nicht glaube, darauf Gewicht legen zu müssen, dass Cicero nur ein halber Jurist war, und dass die Rede vor Nichtjuristen gehalten wird, dass mithin Verschiebung oder Verwechselung der Gesichtspunkte leicht erklärlich ist. Nicht Cicero trifft ein Vorwurf sondern — wenn man will — Roscius; dieser hatte sich dem Vergleichsvorschlag des Piso gefügt, er zahlte die Hälfte der Vergleichssumme mit 50 000 Sesterzen, er nahm die Restipulation des Fannius entgegen, sicherlich erfolgte die Eintragung der Vergleichsschuld in die Codices des Perpenna und Saturius mit seiner (des Roscius) Einwilligung [47]); aber Fannius unterliess — aus welchem

[47]) Dass die Einwilligung des Schuldners nöthig war, ergiebt sich aus § 2 unserer Rede (scripsisset ille, si non iussu huius expensum tulisset?) und aus Valerius Maximus facta et dicta VIII. 2 § 2 (l. Visellius Varro ab Otalicia Lateranensi expensa ferri sibi passus est eo consilio, ut, si decessisset, ab heredibus eius summam peteret, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando). Die weitergehende Behauptung Heimbachs (Creditum S. 325ff.), dass der Schuldner nicht bloss consentirend sondern schreibend mitgewirkt habe, stützt sich einerseits auf

Grunde, ist nicht zu ersehen — die Eintragung in den eigenen Codex, und von diesem sei es zufälligen, sei es durch Absicht oder Nachlässigkeit veranlassten Umstand machte Roscius Gebrauch, um der Klage zu entgehen. Aber Roscius erklärte dieses Vorgehen durch eine Behauptung, die, wenn wahr, ihn vor jedem moralischen Tadel sicher stellt, durch die Behauptung nämlich, dass Flavius später an Fannius 100 000 Sesterzen gezahlt habe; zwar konnte diese Behauptung nach den damaligen Grundsätzen über Compensation in dem gegenwärtigen Process nicht vorgeschützt werden; auch stand der Beweis dafür juristisch auf schwachen Füssen (S. 129), jedenfalls aber war er soweit erbracht, dass, falls der Einwand zulässig gewesen wäre, dem Beklagten — modern gesprochen — ein Reinigungseid hätte auferlegt werden müssen; bei solcher Sachlage erscheint mir Roscius wohlbefugt, einen anderweiten Mangel der Klage (die Nichteintragung in den Codex des Fannius) geltend zu machen, und ich möchte ihm deshalb auch nicht einen moralischen Vorwurf machen.

Das Resultat der bisherigen Erörterung ist, dass die Klage des Fannius, soweit sie pecunia credita behauptet, abgewiesen werden musste.

IV.

Der zweite Theil der Rede beginnt mit dem § 16. Dass es sich hier um die Begründung der klägerischen Forderung aus der Societät handelt, und dass die Behauptung von Bethmann-Hollweg, es handle sich um causa furtiva oder um Be-

---

die Paraphrase des Theophilus III, 21, andererseits auf l. 13 D. ad sct. Vell. 16, 1. Allein die Stelle bei Theophilus bezieht sich (— ganz abgesehen davon, ob dem Theophilus Glaubwürdigkeit zukommt —) jedenfalls auf einen Literalcontract, welcher durch selbständige Urkunden und nicht durch Eintragung in den codex acc. et exp. perficirt wurde, und die l. 16 cit. beruht darauf, dass nach vollzogener Eintragung in den Codex des Gläubigers der Schuldner gleichfalls in seinen Codex eine Eintragung machte (§ 2 unserer Rede: non scripsisset hic, quod sibi expensum ferri iussisset? nam quemadmodum turpe est scribere, quod non debeatur, sic improbum est non referre quod debeas); aber der Literalcontract entstand, wie aus Gaius mit Sicherheit hervorgeht, durch die Eintragung des Gläubigers.

reicherung [48]), auch nicht den Schatten eines Beweises für sich hat: kann aufs klarste dargethan werden.

Sofort im § 16 frägt Cicero den Fannius, worauf er seine Forderung stütze, ob auf Societät oder auf Liberalität des Roscius? Mit der cond. certi konnte ebensosehr die eine wie die andere geltend gemacht werden. Die Antwort erfolgt in Form einer rhetorischen Frage dahin, dass es Societät sei. Daran schliesst sich bis § 24 inclusive eine breitgetretene Darstellung des Charakters des Roscius und der Gesinnung des Fannius. Erst im § 25 nimmt Cicero die Erörterung der der Sache selbst wieder auf, und wiederum frägt er den Kläger, warum er nicht die actio pro socio (sondern die condictio certi) angestellt habe; die Antwort lautet, dass Kläger im Hinblick auf die alte Bekanntschaft nicht iudicio gravi klagen wollte:

> § 25. Quae quum ita sint, cur non arbitrum pro socio adegeris Q. Roscium quaero. Formulam non noras? Notissima erat. Iudicio gravi experiri nolebas? Quid ita? Propter familiaritatem veterem ....

Diese Worte lassen den Kläger Fannius in gutem Licht erscheinen; die Verurtheilung des Beklagten in der act. pro socio hatte bekanntlich dessen Infamie zur Folge; es ist aber gute Römische Sitte, dass der Gläubiger seinen Schuldner vor dem Verlust der Ehre möglichst zu bewahren suchte; Cicero berichtet hiervon in einer anderen Rede [49]); nur gezwungen und widerwillig greift der Gläubiger zu diesem Mittel; vorher versucht er jedes andere, denn Niemand will dem Anderen den Strick um den Hals werfen, jeder will lieber als schonend gelten denn als rachsüchtig.

Nun ist eben die condictio certi das Mittel, das von dem Socius selbst im Fall der Verurtheilung die Infamie fern hält; denn als Klage ohne Causa, als abstracte Klage giebt sie nicht die Möglichkeit, dem Beklagten den Vorwurf zu machen, dass er die Societätspflichten verletzt habe; farblos ist die Klage, farblos muss auch das Urtheil sein; wie die erstere, so wird auch das letztere nicht an eine bestimmte Causa an-

[48]) A. a. O. Seite 819. 820.
[49]) Pro Quinctio cap. 16 sqq.

geknüpft. Es ist dies noch in der Justinianischen Compilation ausgesprochen:

l. 35 D. de obl. et act. 44, 7: Cessat ignominia in condictionibus, quamvis ex famosis causis pendeant.

Meine obige Ausführung giebt die Begründung der Stelle, sie giebt auch die Erklärung des Verfahrens von Fannius; ihm bot die cond. certi insofern einen Vortheil, als er in ihr zwei Causae verbinden konnte (Literalcontract und Societät), aber sie bot auch dem Roscius den Vortheil, sich sicher zu wissen gegen die mit einer etwaigen Verurtheilung verbundene Infamie. Im Besitz dieses Vortheils und im Bewusstsein seiner Unentreissbarkeit hat Cicero leichtes Ablehnen; er behauptet, Kläger hätte entweder das arbitrium pro socio anstellen oder die Klage unangestellt lassen müssen (§ 25 der Rede). Aber er fügt sich der vom Kläger herbeigeführten Processgestaltung und geht nunmehr zu einer genaueren Darlegung der die Societät betreffenden Thatsachen über.

Bevor ich diese beurtheile, will ich nur noch den Klagantrag erläutern. Aus der Societät klagend konnte Fannius nur das halbe Grundstück verlangen; um die cond. certi zu begründen, musste er dasselbe schätzen, und da er es auf 100 000 Sesterzen schätzte (§ 32 der Rede), so konnte er das Petitum auf 50 000 Sesterzen bestimmen. Man hat das Schätzungsrecht des Klägers als etwas Postjustinianisches, Byzantinisches hinstellen wollen[50]) (— in den Basiliken ist es zweifellos anerkannt[51]) —), unsere Rede weist seine Existenz schon in republikanischer Zeit nach. —

Nunmehr wende ich mich zur Betrachtung der Societät.

Zuerst muss die Frage aufgeworfen werden: besteht wirklich eine Societät zwischen Fannius und Roscius? bestand sie namentlich zu der Zeit, wo Roscius sich mit Flavius verglich? Die Frage ist von den Interpreten bisher übersehen worden, sie setzten den Bestand der Societät als etwas Selbstverständliches voraus.

---

[50]) Voigt, cond. ob causam S. 818f. Heimbach, Creditum S. 116. 576f.

[51]) Vgl. z. B. die Scholien von Stephanus ex causa legati, et damni et furti, et fideicommissi universalis in Heimbachs Basilikenausgabe II, 596f.

Und doch brauche ich nicht erst weitläufig zu beweisen, dass die Societät bezüglich des Panurgus durch dessen Tödtung aufgehoben worden war. Die Tödtung erzeugte für jeden Miteigenthümer eine besondere actio legis Aquiliae; zwischen den Klagen der beiden (bisherigen) Socii bestand nicht der geringste Zusammenhang; jeder konnte sie selbständig geltend machen [52]. Sicherlich gehen hierauf die Worte Ciceros im § 38:

> Cur in re tam vetere, in negotio iam confecto, in societate dissoluta nova haec restipulatio interponitur?

Die Frage ist also, ob nach der Tödtung (genauer: zwischen der Tödtung und dem von Roscius mit Flavius eingegangenen Vergleich) eine neue Societät abgeschlossen worden ist? Die hierher bezüglichen Thatsachen, welche einer Prüfung unterzogen werden müssen, sind: Roscius macht den Fannius zu seinem Cognitor in dem gegen Flavius anzustellenden Process, und Fannius stellt den Process theils für sich, theils als Cognitor des Roscius an. Liegt hierin eine Societät?

An und für sich gewiss nicht; die Bestellung eines Cognitor ist ein mandatum agendi; ein solches kann ebensosehr einem völlig Uninteressirten wie einem Gleichinteressirten ertheilt werden; ein mandatum agendi an einen Gleichinteressirten bleibt Mandat, und begründet nicht eine Societät. Die Processführung durch den zum Cognitor bestellten Gleichinteressirten mag thatsächlich eine für Beide gemeinsame sein, juristisch ist sie ein Nebeneinander zweier Processführungen.

Aber wie nahe liegt diesem Mandat an den Gleichinteressirten die Societät! Die Grenze ist ungemein schmal, und mit zwei Worten wird sie überschritten. Man braucht bloss die Worte hinzuzufügen, dass die Erfolge des geführten Processes die beiden Gleichinteressirten gleich berühren sollen; dann ist die Societät fertig. Die Societät macht die beiden eingeklagten Forderungen nicht zu gemeinsamen; jeder bleibt Gläubiger in seiner bisherigen Forderung, er behält also auch das Dispositionsrecht über dieselbe, aber wenn er disponirt,

[52]) Und dennoch sagt Puchta a. a. O. S. 324: „die beiden Socii hatten gemeinschaftlich, jeder für seinen Antheil am getödteten Sclaven, die act. leg. Aquiliae gegen Flavius“.



so muss er dem Gesellschafter gegenüber culpa in concreto prästiren, und was er durch die Disposition erworben, muss er mit dem Gesellschafter theilen. Es ist die Sachlage dieselbe wie im ersten Falle der

l. 58 pr. D. pro soc. 17, 2: ... Quum tres equos haberes et ego unum, societatem coivimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait, societatem manere, nec ex pretio equorum tuorum partem deberi; non enim habendae quadrigae sed vendendae coitam societatem. Ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur, tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus.

Hier wird eine societas vendendae quadrigae von derjenigen habendae quadrigae unterschieden; bei Obligationen ist die societas habendorum nominum undenkbar, weil nach dem Satz der zwölf Tafeln nomina ipso iure divisa sunt; analog der societas vendendae quadrigae ist nur eine societas exigendorum nominum möglich, und hier wie dort muss, was der venditor resp. der exactor einnimmt, mit dem Gesellschafter getheilt werden.

Wenden wir uns zur Rede Ciceros.

Sicherlich behauptete Kläger eine societas exigendorum nominum; er ging sogar soweit zu behaupten, dass Roscius den Vergleich nicht bloss über seine sondern (offenbar als negotiorum gestor des Fannius) zugleich über dessen Forderung an Flavius abgeschlossen habe:

§§ 34. 35. De tota re, inquit, decidisti ...; societatis non suas lites redemit, quum fundum a Flavio accepit ...

Diese Behauptung des Klägers war leicht zu widerlegen; Flavius hatte sich ja von Roscius nicht die cautio rati (amplius a se neminem petiturum in §§ 35. 36 genannt) bestellen lassen; Fannius hatte ja in der oben viel behandelten Restipulation dem Roscius die Hälfte von dem versprochen, was er von Flavius noch eintreiben werde; kurz, auch nach dem Vergleich zwischen Roscius und Flavius behielt Fannius seine Forderung an den letzteren (§§ 34—39 der Rede).

An der Behauptung der societas exigendorum nominum hielt Kläger auch fest, falls der Vergleich zwischen Roscius mit Flavius sich bloss auf seine Forderung bezog, und er forderte auch in diesem Falle die Herausgabe des halben Werththeiles mit 50 000 Sesterzen:

§ 52. Petisse, inquit, suam partem Roscium a Flavio confiteor, vacuam et integram reliquisse Fannii concedo, sed quod sibi exegit, id commune societatis factum esse contendo...

So hängt denn die Entscheidung des Processes einzig und allein von der Frage ab: bestand zwischen Roscius und Fannius ein blosses Processmandat oder zugleich eine societas exigendorum nominum?

Wie stellt sich Cicero zu dieser Frage? Ich gebe zu, dass er die Societät nicht mit der wünschenswerthen Schärfe verneint; er nennt sogar Fannius und Roscius socii und spricht von deren partes — Ausdrücke, die bei Forderungen sicherlich unjuristisch sind, da nomina ipso iure divisa sunt. Scheinbar reitet Cicero auf dem Satz: was Jemand für sich erwirbt, braucht er einem Andern nicht herauszugeben. Nun ist doch aber dieser Satz so unwahr, dass man ihn einem Advocaten, der sicherlich durch Roscius' Vermittlung mit bedeutenden Juristen den gegenwärtigen Process durchgesprochen hatte, nicht zutrauen darf. Den wahren Sinn der Behauptung Ciceros erkennt man, wenn man einige andere Sätze hinzunimmt; er erinnert den Kläger daran, dass nur, weil er der Cognitor des Roscius war, er verpflichtet war, alles vom Flavius Erhaltene mit Roscius zu theilen, er zieht den Fall der Miterben heran, und zeigt, wie jeder Miterbe durch Verfügungen über seinen Theil für sich allein handelt. Das heisst doch mit anderen Worten: Derjenige, der in einer factischen oder in einer zufälligen Gemeinschaft mit einem Anderen steht, hat nicht die Pflichten eines Gesellschafters, er handelt für sich und lediglich für sich. Dazu tritt noch die Aeusserung in § 38: in societate dissoluta, die Cicero von der Zeit der Restipulation macht, also von der Zeit, wo die Pisonische Vergleichsproposition bereits ergangen, wo Fannius von Roscius längst zum Cognitor gemacht worden war.

Mit anderen Worten: Cicero leugnet die societas exigendorum nominum; und nach dem vorliegenden Material hat er Recht. Trotzdem ich oben die Grenze zwischen mandatum exigendi an einen Gleichinteressirten und societas exigendorum nominum als sehr schmal und als leicht überschreitbar erklärte, so muss ich sie im vorliegenden Fall als gewahrt ansehen; nichts ist geschehen, als dass Roscius den Fannius zum Cognitor bestellte; wäre eine weitergehende Abrede zwischen ihnen getroffen gewesen, so hätte sie Cicero in dem uns erhaltenen Theile der Rede erwähnen müssen; ein kluger Advocat übergeht nicht die bedeutendsten Stützpunkte seines Gegners, er stellt sie auch nicht zurück, sondern er greift den Stier bei den Hörnern und ringt mit ihm; auf mich macht der erhaltene Redetheil einen so geschlossenen, einheitlichen Eindruck, dass ich mir nicht denken kann, es sei in dem untergegangenen Theil auch nur irgend eine wesentliche Thatsache oder Rechtsfrage erörtert worden, welche unser aus dem erhaltenen Theil geschöpftes Urtheil modificiren könnte. Puchta[53]) und Bethmann-Hollweg[54]) nehmen eine Societät an; sie bewegen sich, wie mir scheint, in dem Irrthum, als ob durch die Tödtung des Panurgus die Societät nicht aufgelöst wäre, und als ob der von Roscius mit Flavius abgeschlossene Vergleich noch unter dem Gesetze dieser angeblich noch fortdauernden Societät gestanden hätte. Nichtsdestoweniger gelangt Bethmann-Hollweg zur Freisprechung des Roscius deshalb, weil er annimmt, dass Roscius die Hälfte der 100 000 Sesterzen, die Flavius an Fannius gezahlt habe, compensiren dürfe; die Compensation sei zulässig, weil es sich um Feststellung der Bereicherung des Roscius handle, weil die Klage eine Bereicherungsklage sei. Ich habe schon oben (S. 129) gezeigt, auf wie schwachen Füssen der Beweis der Zahlung von Flavius an Fannius stand, und ich kann nicht zugeben, dass auf diesen ungenügenden Beweis hin die Freisprechung des Roscius erfolgen durfte.

Ich gelange zur Freisprechung des Roscius auf Grund der Feststellung, dass nach dem Tode des Panurgus die Societät aufgelösst wurde, ohne Ansprüche unter den bisherigen

---

[53]) A. a. O. S. 324f.
[54]) A. a. O. S. 825.

Socien zu hinterlassen, und dass später keine neue Societät unter ihnen eingegangen wurde. Vielleicht wird behauptet werden, dass die Freisprechung auch bei Annahme einer societas exigendorum nominum erfolgen musste, da ja Roscius die Hälfte der Pisonischen Vergleichsproposition an Fannius bezahlt hatte; allein nach der ausdrücklichen Mittheilung von Cicero sollte Roscius die ganzen 100 000 Sesterzen pro opera, pro labore, quod cognitor fuisset, quod vadimonia obisset (§ 38 der Rede) zahlen [55]); die (angebliche) Societätsschuld blieb also von der Zahlung unberührt. — — —

Ich schliesse mit der Andeutung eines umfassenderen Gesichtspunkts. Ist nämlich die obige Darstellung gegründet, so ist die Condictio keine Klage aus Darlehn, Stipulation, Literalcontract, keine Klage aus der Bereicherung u. s. w.; sie gehört überhaupt nicht in das materielle Recht sondern in den Process; die Kellersche Behauptung, dass die condictio certi in späterer classischer Zeit auf jeden persönlichen Anspruch ausgedehnt worden sei, muss dahin umgewandelt werden, dass sie von Anfang an bei jedem persönlichen Anspruch zulässig war. Unsere bisherige Condictionenlehre muss alsdann eine völlige Umgestaltung erfahren. Die weitere Ausführung dieses Gedankens hoffe ich anderweitig zu geben.

[55]) Vgl. oben S. 128 Note 25.

Zur Lehre vom legatum optionis.

Von

Herrn **Dr. K. Bernstein**

in Berlin.

I.

Heut zu Tage versteht man unter dem legatum optionis nichts als einen einzelnen Fall des legatum generis, denjenigen, wo die Wahl ausdrücklich dem Legatar hinterlassen ist. Seit

Justinian gehört das ältere selbständige Institut dieses Namens der Vergangenheit an. Was war aber das legatum optionis ursprünglich gewesen? Justinian giebt uns darüber folgende Auskunft:

Nachdem er in den Institutionen, in dem Abschnitt de legatis (J II 20 § 22 und 23) auseinandergesetzt, dass, im Falle eine Sache generell legirt sei, die Wahl dem Legatar gebühre, fährt er fort: Optionis legatum, id est, ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat in se condicionem et ideo nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum non transmittebat.

Was also das legatum optionis von dem einfachen legatum generis wesentlich unterschied, war, dass das erste ein bedingtes, das zweite ein unbedingtes Legat ist. Die Bedingung des legatum optionis lautete: si legatarius optaverit. Aus der Bedingtheit des legatum optionis leitet es auch Justinian ab, dass dasselbe vor geschehener optio auf den Erben des Legatars nicht transmittirt wurde.

Ich erinnere mich nicht, dass irgend einer der neueren Schriftsteller gegen die Darstellung Justinians Einwendungen erhoben hätte. Wenn ich nicht irre, ist die Auffassung Justinians die anstandslos acceptirte, die unbestritten herrschende.

Ist sie aber auch begründet? Gewiss gab Justinian nicht seine persönliche, sondern die juristische Ansicht seiner Zeitgenossen wieder. Entsprach aber diese auch wirklich der Natur des behandelten Rechtsinstituts?

Unwillkürlich wirft sich diese Frage auf, wenn man an die Begründungsformeln des legatum optionis denkt. In diesen Formeln liegt die Bedingung jedenfalls nicht unmittelbar ausgesprochen. Wo ist unmittelbar eine Bedingung zu ersehen in Formeln wie diese: hominem optato eligito (Ulpiani fragm. tit. 24 § 14) oder „vestimenta quae volet sumito sibique habeto“ (l. 20 h. t.)? Jedenfalls steckt in diesen Formeln eine Bedingung nicht mehr und nicht weniger, als in der Formel des legatum alternativum: „illud aut illud, utrum elegerit legatarius (l. 19 h. t.) — und dieses Legat ist doch gewiss kein bedingtes.

Muss sich da nicht der Verdacht regen, dass die Bedingung nicht heraus, sondern hineingedeutet, nicht heraus, sondern hineinconstruirt ist?

Es ist ja von jeher so verführerisch gewesen, alle möglichen Abhängigkeiten gewisser Wirkungen von gewissen Thatsachen auf den Leisten der condicio zu bringen. Ist nicht auch der Versuch gemacht worden, die obligatio alternativa und die obligatio generis mit Zuhilfenahme der condicio zu construiren? Doppelt misstrauisch musste auch auf dem Gebiete der optio legata derjenige sein, der die Grundlosigkeit und Nutzlosigkeit einer ähnlichen Construction auf dem Gebiete der der optio legata verwandten Legatenformen — des legatum alternativum und des legatum generis — erkannt hat.[1])

Weiteres Bedenken erregt schon die blosse Thatsache, dass Justinian ohne Weiteres die Bedingung aus dem leg. opt. herausdecretirt hat: so leicht lässt sich nur das herausnehmen, was hineingelegt worden ist.

Bestärkt werden wir in unserem Misstrauen, wenn wir uns die Frage vorlegen, ob wir auch nur bei einem einzigen klassischen Juristen eine Stelle finden, welche die Justinianische Construction bestätigte? Wir finden keine einzige. Dagegen ist uns ein höchst wichtiger Ausspruch erhalten, aus dem wir entnehmen können, dass, wo Justinian schlechtweg eine wirkliche Bedingung annahm, die klassischen Juristen blos gewisse Aehnlichkeiten mit der Bedingung sahen, Aehnlichkeiten, die sie aber ebenso in dem einfachen legatum generis fanden. Es ist die l. 3 qui et a quibus (40, 9), die wir im Auge haben.

Gaius libro II de legatis ad edictum urbicum.

Si optio hominis data sit vel indistincte homo legatus sit, non potest heres quosdam servos vel omnes manumittendo aut evertere aut minuere jus electionis: nam optione sive electione servi data quodammodo singuli sub condicione legati videntur.

Es ist nur eine Analogie mit der condicio, von der hier die Rede ist, — und es ist diese Analogie, auf die sich der

[1]) Vgl. Bernstein: Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften p. 103 ff.

Jurist zu berufen sich genöthigt sieht, um die dingliche Gebundenheit des gesammten Kreises der Wahlobjecte zu begründen. Wäre ein solches Verfahren nicht überflüssig gewesen, wenn das legatum optionis wirklich ein bedingtes Legat gewesen wäre? Und wäre eine solche Zusammenstellung mit dem legatum generis, wie sie hier stattfindet, denkbar, wenn der wesentliche Unterschied des einen von dem andern gerade darin bestände, dass das legatum optionis ein bedingtes, das legatum generis ein unbedingtes ist?

Bewährt sich nun, so fragen wir weiter, die Idee der Bedingung in allen Consequenzen? Durchaus nicht!

Man vergleiche:

l. 13 de opt. v. elect. leg. 33, 5.

Paulus l. VIII ad Plautium. Si optio servi data mihi fuerit et Sticho aliquid testator sine libertate legasset, tunc sequens legatum consistit, cum tota familia ad unum, id est Stichum recciderit, ut quasi pure legato utiliter sit legatum.

Durch den Wegfall aller Wahlobjecte bis auf eins wird also das legatum optionis auf das eine übrig gebliebene Object concentrirt und zwar so, wie wenn dieses von vornherein pure, nicht generell, quodammodo sub condicione, hinterlassen worden wäre.

Verträgt sich diese Entscheidung mit dem Gedanken der Bedingtheit des legatum optionis?

Wir glauben kaum.

Könnte man nicht eher geneigt sein, mit der Unmöglichkeit der Wahl die Bedingung als deficirt anzusehen? Nothwendig ist dies unserer Ansicht nach nicht. Warum sollte man dem Legatar die Möglichkeit abschneiden, sich für das letzte übrig gebliebene Object zu entscheiden? Aber gewiss ebenso wenig begründet war es, die Reduction des Kreises der Wahlobjecte auf eines als Existenz der Bedingung zu betrachten.

Wenn der Kreis der Wahlobjecte zusammenschrumpft oder gar schliesslich auf eines reducirt wird, so mag der Wähler sich bescheiden, den Act der Wahl in immer engern und engern Grenzen auszuüben und schliesslich die optio in die blosse Alternative zwischen Annahme oder Nichtannahme des Legats übergehen zu sehen, wie wenn die Bedingung gelautet

hätte: si voluerit, — aber existent wird die Bedingung dadurch nicht, dass die Gesammtheit der Wahlobjecte bis auf eines herunter geschmolzen ist. War nicht der Erwerb des Legats auf einen Willensact des Erwerbers gestellt? Nun, dann bleibt dieser Willensact nicht minder nothwendig, wenn auch die Umstände die Aufgabe dieses Willensactes immer mehr vereinfacht und denselben aus einem Act der Wahl in einen Act der Annahme gewandelt haben.

In der Bedingung „si optaverit“ steckt eben zweierlei: das quod voluerit und das si voluerit. Hat der Zufall das quod entschieden, so ist das „si“ noch zu erfüllen geblieben.

Wird aber das Wollen des Legatars nicht als condicio behandelt in dem Falle, wenn die Zahl der Wahlobjecte gleich eins ist, nun, dann ist dieses Wollen auch nicht als condicio gedacht gewesen, als die Mehrzahl der Objecte den Act der Wahl eine Wahrheit sein liess.

Unseres Erachtens ist also der Gedanke einer condicio nichts als ein Constructionsmittel — und zwar ein ungenügendes und noch dazu ziemlich spät aufgestelltes Constructionsmittel.

Es wird unsere Aufgabe sein, an Stelle der ungenügenden eine befriedigende Construction zu setzen.

II.

In der oben citirten Institutionenstelle begnügt sich aber Justinian nicht, die einstige Natur des legatum optionis, dessen Bedingtheit und die Consequenz dieser Bedingtheit darzustellen, — er fügt ruhmredig hinzu:

> sed ex constitutione nostra et hoc in meliorem statum reformatum est et data est licentia et heredi legatarii optare, licet vivus legatarius hoc non fecit.

Die Constitution, von der hier die Rede, ist diejenige, die theilweise in C. VI 43, 3 enthalten und im Jahre 531 erlassen ist.

Hat Justinian etwa blos die eine Consequenz der Bedingtheit des legatum optionis aufgehoben — die Unvererblichkeit nämlich vor erfüllter Bedingung — und somit ein vererbliches bedingtes Legat creirt?

Oder ist es die dem legatum optionis eigene Bedingtheit selbst, die Justinian hat aufheben wollen? Ist es Justinians

Absicht gewesen, eandem naturam imponere dem legatum generis und dem legatum optionis?

An das erste ist nicht zu denken. Nicht blos, dass die Creirung eines vererblichen legatum sub condicione eine zu kühne That gewesen wäre, als dass sie nur so nebenbei — still und ohne Trompetenstösse — hätte geschehen können; — in dem vorangegangenen historischen Referat heisst es ausdrücklich: optionis legatum habebat in se conditionem et ideo etc.

Von nun an soll also im Sinne Justinians das legatum optionis aufhören ein bedingtes zu sein. Dasjenige Moment, welches das legatum optionis vom legatum generis unterschied, die Bedingtheit, soll in Wegfall kommen.

Justinians Reform hatte also auch hier nichts Geringeres im Auge, als eine volle exaequatio des legatum generis und des legatum optionis. Und das war auch von jeher die Meinung der Romanisten. Das legatum optionis ist aber dem legatum generis gleichgestellt, nicht umgekehrt. Prinzipiell müssen also die Grundsätze des legatum generis auch für die Fälle der optio legata massgebend sein.

Hat aber Justinian diese exaequatio im Einzelnen consequent durchgeführt? oder sind noch manche Bestimmungen stehen geblieben, die nur aus der ursprünglichen Natur des legatum optionis zu erklären sind? Dies ist eine weitere Frage, die wir zu beantworten suchen werden.

III.

Ehe wir es indess versuchen, an Stelle der von Justinian gegebenen Construction eine andere, der Natur des legatum optionis angemessenere, zu setzen, müssen wir uns klar machen, welche Phänomene es sind, die man mit der in das legatum optionis hineingedeuteten condicio erklären, welche Consequenzen es sind, die man mit derselben erzielen wollte?

So werden wir am besten erkennen, ob nicht dieselben Zwecke auf sichererem Wege zu erreichen sind.

1. Vor allen Dingen sehen wir noch von Gaius die Analogie der condicio herbeigezogen, um die dingliche Gebundenheit aller zur Wahl bestimmten Objecte zu motiviren.

„Si optio hominis data sit non potest heres quosdam servos vel omnes manumittendo aut evertere aut minuere jus electionis: nam optione .... data quodammodo singuli sub condicione legati videntur. l. 3 qui et a quib. 40. 9.

2. Justinian, wie wir wissen, berichtet Inst. II, 20 § 23. Optionis legatum .... habebat in se condicionem, et ideo nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum non transmittebat.

Aus der Bedingtheit des legatum optionis soll es sich erklären, dass dasselbe vor erfolgter optio nicht vererblich war.

Indem die Wahl zum Inhalt der Bedingung gemacht ist, ist endlich motivirt

3. die bedeutsame Thatsache, dass bei dem legatum optionis Erwerbs- und Wahlact identisch sind: der Legatar kann nicht erwerben ohne zu wählen, kann nicht wählen ohne zu erwerben. Die Erfüllung der Bedingung ist der Erwerbsact selbst — wie bei der Bedingung „si voluerit"; Erwerbsact ist sie aber nur indem sie auch Wahlact ist.

IV.

Sind denn nun alle diese Erscheinungen nur mit Hilfe der Bedingung zu erklären?

Betrachten wir zuerst die zuletzt angeführte Thatsache der Identität von Wahl- und Erwerbsact.

Es sei uns gestattet, hier etwas weiter auszuholen. Wenn eine alternative Offerte gemacht wird, so kann der Offerent zweierlei Absichten haben: es kann sein, dass er die einfache Offerte eines alternativen Rechts macht; — es kann aber auch sein, dass seine Absicht auf die alternative Offerte eines einfachen Rechts geht.

Wenn mir beispielsweise die Gegenstände „a" oder „b" zum Kaufe angeboten werden, so ist es leicht möglich, dass es dem Anbieter ganz recht ist, sich alternativ zu verpflichten. Will ich den Vertrag abschliessen, so genügt es, dass ich die Offerte schlechtweg acceptire. Es entsteht dann eine alternative Kaufobligation, in welcher die Bestimmung des Objects der Zukunft überlassen bleibt.

Anders, wenn die Offerte zwar alternativ lautet, das beabsichtigte Geschäft aber ein einfaches ist. Wohl werden mir alternativ 2 Pferde zum Kauf angeboten, aber nur eins will der Anbieter verkaufen. Hier ist Acceptation ohne Wahl undenkbar.

Die praktische Pointe in der Verschiedenheit dieser zwei Fälle steckt hauptsächlich in dem Moment der Acceptation: in dem einen Falle bleiben Acceptation und Wahl getrennt, in dem andern müssen Acceptation und Wahl zusammenfallen.

In derselben Weise können wir uns die einfache Offerte eines generellen Rechts und die generelle Offerte eines einfachen Rechts denken. Und derselbe Gegensatz kann natürlich wie inter vivos, so auch mortis causa stattfinden.

In dem legatum optionis wird nun von dem Vermächtnissgeber dem Vermächtnissnehmer von Todes wegen die generelle Offerte eines einfachen Rechts gemacht. Es geht dies unzweifelhaft aus der Natur der optio hervor — denn die Acceptation muss genau dem Angebot entsprechen; die optio ist aber nicht bloss Erwerbs-, sondern auch Wahlact.

Also nicht weil die optio die condicio des legatum optionis ist, müssen Wahl und Erwerb zusammenfallen, sondern weil Wahl und Erwerb zusammenfallen, ist die optio zur condicio des legatum optionis gemacht worden.

Diese Erklärung durch condicio ist aber überflüssig. Die Identität von Wahl- und Erwerbsact erklärt sich aus der Natur der Delation — daraus, dass dieselbe die generelle Offerte eines einfachen Rechts enthält.

Warum ist aber gerade das legatum optionis als generelle Delation eines einfachen Rechts gedeutet worden, das legatum generis dagegen als einfache Delation eines generellen Rechts? Warum hier diese, dort jene Willensinterpretation?

Den Grund müssen wir, glaube ich, nicht bloss in der ängstlichen Interpretation der Begründungsformeln des legatum optionis suchen, in welchen der Legatar unmittelbar zur Wahl aufgefordert wird, z. B. hominem optato eligito — nicht in allen uns erhaltenen Formeln des legatum optionis tritt übrigens die Aufforderung zur Wahl so imperativisch auf; — der tiefere Grund liegt wohl in Folgendem:

Wir werden wohl keinem Widerspruche begegnen, wenn wir annehmen, dass das legatum optionis das ältere Institut ist, das legatum generis das jüngere. Der Gedanke der einfachen Delation eines generellen Rechts war nur zu künstlich für das juristische Fassungsvermögen der älteren Jurisprudenz. Die Consequenz desselben war ja ein unfertiges Rechtsverhältniss, ein Eigenthumserwerb ohne concreten Inhalt. Verständlich und natürlich musste der ältern Zeit nur erscheinen der Gedanke der generellen Delation eines einfachen Rechts, und dieser Gedanke ist es auch, der in dem ältern Institut zur Verwirklichung gekommen ist. [2])

V.

Die Unvererblichkeit des legatum optionis ist aus der Persönlichkeit des angebotenen Vermächtnisses zu erklären. Diese Persönlichkeit macht das Legat aber ebenso wenig zu einem bedingten wie etwa die Persönlichkeit des legatum ususfructus das legatum ususfructus zu einem bedingten macht.

Warum ist aber das legatum optionis als an die Person des Legatars geknüpft zu denken? Das legatum ususfructus ist persönlich durch die Persönlichkeit des hinterlassenen Rechts. Die durch legatum optionis zugewandten Rechte sind nicht nothwendig persönlicher Natur.

Das legatum optionis wird persönlich durch die ausdrückliche Aufforderung zur Wahl. Indem der Erblasser dem

---

[2]) Eine analoge Unterscheidung müssen wir bei dem bedingten Legat machen.

Liegt in der bedingten Verfügung des Erblassers die einfache Delation eines bedingten Rechts? Liegt in derselben die bedingte Delation eines einfachen Rechts? Soll erst das Recht des Legatars in seiner Wirksamkeit von der Bedingung abhängig sein? Soll es schon das Angebot des Erblassers?

Nur dieses letzte haben die Römer angenommen, — und daher kommt es, dass das bedingte Legat nicht vererbt werden kann. So lange die Bedingung nicht eingetreten, ist ja noch nicht einmal eine wirksame Delation vorhanden.

Daher kann auch der Legatar pendente conditione nicht etwa mit demjenigen verglichen werden, der sich sub conditione etwas hat versprechen lassen. Dieser ist bereits creditor, wenn auch bedingter. Der Legatar ist nicht einmal dies: er wartet gewissermassen noch auf die zu acceptirende Offerte.

Legatar die Wahl ausdrücklich überlässt, erweckt er die Vermuthung, dass es ihm um die Befriedigung besonderer persönlicher Bedürfnisse des Vermächtnissnehmers zu thun war.

Ich erinnere daran, dass auch in der alternativen Obligation das ausdrücklich dem Gläubiger eingeräumte Wahlrecht ursprünglich als höchst persönlich gedacht wurde.

Also nicht weil das legatum optionis ein bedingtes war, war es unvererblich, sondern weil es unvererblich war, wurde es als bedingt gedacht. Was Justinian als Folge darstellt, ist uns Grund, und umgekehrt.

VI.

Bleibt nur noch die dingliche Gebundenheit des gesammten Kreises der Wahlobjecte. Allein diese Erscheinung hat das legatum optionis mit dem einfachen legatum generis gemein, und dieses ist ja sicher kein bedingtes.

Gaius begnügt sich den Grund dieser dinglichen Gebundenheit in einem Verhältniss zu suchen, das demjenigen der schwebenden Bedingung sehr ähnlich ist. Er hütet sich wohl, wie Justinian später es gethan, eine wirkliche Bedingung anzunehmen, — und er hat recht.

Worin besteht aber dieses bedingungsähnliche Rechtsverhältniss? Müssen wir uns bei dem unbestimmten Gedanken einer quasi condicio beruhigen, oder ist es möglich die juristischen Grundgedanken dieses Verhältnisses bestimmter zu fassen?

Wir finden bei dem legatum optionis einen Zustand der Schwebe und Ungewissheit, ähnlich demjenigen, dem wir bei der alternativen obligatio und dem alternativen Legat, bei der generis obligatio und bei dem generis legatum begegnen. Verschiedene Gegenstände sind dem Legatar zur Auswahl hinterlassen. Wird er a, wird er b, wird er c wählen? Noch ungewiss und unentschieden schwebt der Erwerbswille des Legatars über den verschiedenen Gegenständen. Jedenfalls k a n n der Legatar ebenso gut a wie b wie c wählen. Hat er bereits irgend ein R e c h t auf irgend eines der zur Wahl gestellten Objecte? Durchaus nicht. Hat darum der E r b e ein freies Recht, über diese Objecte zu verfügen? Ebenso wenig! Soll nicht der Legatar aus ihrem Kreise eine Wahl treffen? Wie sollte ihm daher die vom Erblasser eröffnete Aussicht

verkümmert werden dürfen? Muss nicht die Verwirklichung des vom Erblasser gesetzten Zwecks gesichert werden? Muss hier nicht das im römischen Rechte uns an so vielen Stellen entgegentretende Phänomen Platz greifen, das Jhering nur unrömisch „die passiven Wirkungen der Rechte“ genannt hat?[3]) ein Phänomen, zu dessen Erklärung wir der Bedingung um so weniger bedürfen, als ja die Bedingung selbst in ihrer Wirksamkeit erst in diesem Phänomen ihre Erklärung findet.

Also auch hier können wir sagen: nicht weil das legatum optionis ein bedingtes ist, ist der gesammte Kreis der Wahlgegenstände dinglich gebunden, sondern weil es noth that diese Gebundenheit zu erzielen, wurde das legatum optionis als bedingt angenommen.

Uebrigens wird, wie wir hier gleich bemerken wollen, diese dingliche Gebundenheit nur vom Standpunkte der Sabinianer aus nothwendig gewesen sein. Vom Standpunkte der Proculejaner waren die Sachen in der Zwischenzeit wahrscheinlich alle herrenlos. Keine Verfügung des Erben hätte somit dem Legatar schaden können: sie wäre ja die eines Nichteigenthümers gewesen.

VII.

Ehe wir nun in unsern Erörterungen weiter gehen, sei erst folgende Frage beantwortet: in welchen Formen wurde das legatum optionis errichtet?

In Ulpians Fr. 24. 14 finden wir folgenden wichtigen Aufschluss:

Optione autem legati per vindicationem data, velut (Titius) hominem optato elegito, legatarii est electio ....

Das Optionslegat, von dem Ulpian spricht, ist ein legatum per vindicationem. War das legatum optionis nothwendig ein Vindicationslegat? Die Beantwortung dieser Frage überlassen wir dem Schlusse dieser Ausführungen. An dieser Stelle genüge die Bemerkung, dass jedenfalls überall, oder so gut wie überall, wo in unsern Quellen vom legatum optionis die Rede ist, ein legatum per vindicationem vorausgesetzt wird. Als Normalfall des legatum optionis können wir das legatum optionis per vindicationem ansehen.

---

[3]) Vgl. Jhering, Jbb. X.

Die von Ulpian berichtete Errichtungsformel entspricht genau der Justinianischen Definition des legatum optionis.

Inst. II, 20. § 23.

Optionis legatum, id est, ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat.

Die Verfügung enthält das für dieselbe besonders charakteristische und namengebende Wort optare und ist im eigentlichsten Sinne imperativisch — als wahrer jussus — gefasst.

War nun diese Formel die einzige, in der das legatum optionis hinterlassen werden konnte?

Dies ist nicht anzunehmen. Ulpian führt ja dieselbe nur beispielsweise an:

„Optione... data, velut hominem optato elegito...."

Welche Formeln mögen aber ausserdem bestanden haben?

In den Quellen begegnen uns namentlich folgende Formeln, die von jeher als Begründungsformeln des legatum optionis angesehen worden sind:

l. 20 h. t. (Labeo)

„vestimenta, quae volet, triclinaria sumito, sibique habeto.

l. 8 § 1 h. t. (Pomponius)

si ex quatuor viriolis duae, quas elegissem, mihi legatae sunt...

Aehnlich l. ult. h. t.

Weder in der einen, noch in der andern Formel wird das optare befohlen, oder wird es auch nur erwähnt. Die Formeln scheinen zwar freier zu sein, als die von Ulpian angeführte; dennoch lässt es sich wohl nicht bestreiten, dass es sich in den betreffenden Stellen um wahre Optionslegate handelt. Sicherheitshalber werden wir indess von diesen Stellen nur den mässigsten und vorsichtigsten Gebrauch machen.

Die optio tutoris konnte, wie wir aus Gaius I, 150 erfahren, hinterlassen werden mit den Worten: Titiae uxori meae tutoris optionem do. Sollte es nicht eine ähnliche Form auch für unser legatum optionis gegeben haben? etwa: „Lucio Titio servi optionem resp. electionem do"?

Die in den Quellen vorkommenden Ausdrücke „optionem dare", „legare", oder „electionem dare" „legare" —

l. 1, l. 2 pr. § 2 § 3, l. 4, l. 8 pr. § 2 § 3, l. 9 § 1 § 2 l. 11, l. 13, l. 14, l. 15, l. 16, l. 17 h. t.

könnten leicht auf die Vermuthung führen, in den betreffenden Stellen sei ein legatum optionis in dieser Form vorausgesetzt. Ein solcher Schluss wäre indess wenig zwingend. Spricht ja auch Ulpian von einer optio data, und ist doch das von ihm angeführte Legat ein imperativisches.

Ausgeschlossen ist aber die Möglichkeit der hier besprochenen Formulirung natürlich nicht.

Wie die Ungewissheit der Errichtungsform, so mahnt uns auch der schwankende Sprachgebrauch der Quellen zu Vorsicht bei der Untersuchung.

Der Ausdruck electio wird nicht selten als gleichbedeutend mit optio gebraucht. Beide werden dem einfachen Genuslegat entgegengesetzt.

Vgl. l. 2 h. t.

Ich glaube sogar, dass diese Bedeutung die prävalirende ist.

So z. B. in l. 6, l. 8 pr. h. t. l. 5 de leg. I.

Electio gilt aber auch, im Gegensatz zur optio, als gleichbedeutend mit Genuslegat.

So namentlich in der l. 3 qui et a quibus 40. 9.

So wohl auch in der Titelrubrik „de optione vel electione legata." Denn in den Pandekten ist das legatum generis das Hauptinstitut, das legatum optionis nichts als eine Unterart des legatum generis.

Nicht weniger schwankend ist der Sprachgebrauch in Bezug auf die Ausdrücke optio, optare.

Optio bedeutet nicht bloss den Wahlact im legatum optionis, wie z. B.

in l. 2 § 2, l. 8 § 2, l. 9 § 1, l. 11 h. t.;

sondern Wahlact überhaupt, also auch:

beim legatum generis, —

l. 10 h. t.;

bei einer obligatio mit alternativem Erfüllungsort, —

l. 2 § 3 de eo quod certo loco (13. 4);

bei einem Wahllegat mit Wahl eines Dritten, —

l. 3 § 10 ad exhib. 10. 4.

Ja optare bedeutet sogar die blosse agnitio bei einem einfachen Legat —

l. 28 § 1 de cond. et dem. 35. 1.

Attia, uxor mea, optato Philargyrum puerum, Agatheam ancillam, qui mei erunt cum moriar ...

Dafür kommt auch electio für den Optionsact vor. So in Fr. Ulp. 24. 14.

l. 9 (h. t.).

VIII.

Die generelle Offerte eines einfachen Rechts, die in dem legatum optionis liegt, schafft einen Zustand der Schwebe und Ungewissheit, welcher in der optio des Legatars seine Lösung und sein Ende finden soll. Mit der optio tritt ein Zustand der Bestimmtheit und Entschiedenheit an Stelle der bisherigen Schwebe und Ungewissheit.

Naturgemäss werden wir daher das legatum optionis zuerst in dem Zustande der Schwebe betrachten, um dann zu den Thatsachen überzugehen, die die Entscheidung, das Ende des Schwebezustandes, herbeiführen.

Ist einmal von Todes wegen Jemand eine optio deferirt, ist auch der Vermächtnissgeber todt und die Erbschaft angetreten — ist somit jener Zustand der Schwebe eingetreten, in welchem ungewiss ist, was durch die Wahl des Legatars zum Inhalt des in Aussicht gestellten Legats gemacht werden wird — so fragt es sich: wer ist in diesem Stadium der Pendenz Eigenthümer der verschiedenen zur Auswahl gestellten Sachen?

Legt man Justinians Meinung von der älteren Natur des legatum optionis zu Grunde, so kann über diese Frage kein Zweifel sein. Ist das legatum optionis ein legatum condicionale, dann sind, im Sinne der Sabinianer, die zur Auswahl gestellten Sachen im Eigenthum des Erben, im Sinne der Proculejaner res nullius.

Wie aber, wenn wir die Idee einer condicio verwerfen? Hier springt eines jedenfalls klar in die Augen: von dem Uebergange des Eigenthums an irgend einem von den zur Auswahl gestellten Gegenständen kann nicht die Rede sein. Sollen wir nun vom Standpunkte der Sabinianer etwa an-

nehmen, dass alle zur Auswahl gestellten Gegenstände ohne Weiteres in das Eigenthum des Legatars übergehen? Eine solche Annahme würde mit der Natur des Legats, mit dem rein positiven Charakter des Wahlacts, der wesentlich Erwerbs-, nicht Alienationsact ist, in Widerspruch stehen.

Gegen eine solche Annahme eines Ueberganges aller zur Auswahl gestellten Gegenstände in das Eigenthum des Legatars spricht auch die von Gaius — einem Sabinianer — angeführte Analogie der Bedingung: die Theorie des legatum optionis scheint allerdings ad exemplum condicionis gestaltet worden zu sein.

Einen Erwerb erst durch die Wahl setzt auch der Sabinianer Pomponius voraus in

l. 8 h. t. 33. 5.

„fiat communis".

Wir glauben daher, dass auch im Falle des legatum optionis die Sabinianer das Eigenthum an den Wahlobjecten dem Erben liessen — und ebenso natürlich auch in dem Fall des legatum generis.

Also ausser dem legatum condicionale — nach der herrschenden Lehre der einzige Fall — noch zwei Fälle, in denen das Eigenthum an dem eventuellen Objecte des Legats — einer der generell bezeichneten Gegenstände soll doch Object des Legats werden — beim heres bleibt: das einfache legatum generis und das legatum optionis.

Im Sinne der Proculejaner ist es wohl selbstverständlich, dass alle zur Auswahl gestellten Sachen als res nullius angesehen werden. Erst im Augenblick der Wahl geht das Eigenthum auf den Legatar über, nicht früher. So heisst es auch in einer Stelle des Labeo, die wir wohl mit der herrschenden Meinung auf das legatum optionis beziehen dürfen:

l. 20 de opt. v. el. leg. 33, 5.

Labeo l. II Posteriorum a Javoleno epitomatorum .. res continuo ejus fit, simul ac si dixerit eam sumere.

IX.

Einerlei nun, wem die Wahlgegenstände in der Zwischenzeit gehören oder ob sie res nullius sind, die dem Legatar

eröffnete Aussicht, aus dem Kreise dieser Gegenstände nach seiner Auswahl einen zu erwerben, darf, wie wir wissen, demselben nicht verkürzt werden. Der Legatar hat ein jus eligendi, das unverkümmert bleiben soll:

non potest heres evertere aut minuere jus electionis.

(Gaius l. 3 qui et a quibus 40. 9).

Im Sinne der Sabinianer werden wir wohl im Eigenthum des Erben einen Fall des dominium revocabile ex nunc sehen müssen. Die Verfügungen des Erben sind also an sich nicht ungültig, auch in ihrer Gültigkeit nicht pendent, sie werden sofort wirksam. Nur fallen dieselben zusammen, so wie der Legatar gerade denjenigen Gegenstand wählt, über den der Erbe die Verfügungen getroffen.

Das eventuelle Recht des Legatars wird hier nicht bloss zur persönlichen, es wird seiner dinglichen Natur gemäss auch zur dinglichen Schranke. Der Bestand jeder sachenrechtlichen Verfügung des Erben über eine der zur Auswahl hinterlassenen Sachen ist wesentlich davon abhängig, ob der Legatar den betreffenden Gegenstand wählt oder nicht.

Eine Ausnahme macht nur die manumissio, deren Wirksamkeit vom ersten Augenblick an suspendirt sein musste, und wahrscheinlich, wie bei dem bedingten Legat, auch die Verwandlung eines locus profanus in einen locus religiosus[4]): es handelt sich hier um Rechtsverhältnisse, die nicht rückgängig gemacht werden konnten.

l. 14 h. t.

Javolenus lib. II ex Cassio. Si, cum optio servi ex universa familia legata esset, heres aliquem priusquam optaretur manumisit, ad libertatem eum interim non perducit, servum tamen quem ita manumiserit amittit, quia is aut electus legato cedit aut relictus tunc liber ostenditur.

Vgl. auch l. 3 qui et a quibus 40. 9 und l. 6 h. t.[5])

---

[4]) Für die Erklärung dieser Erscheinung verweise ich auf: Fitting, über den Begriff der Rückziehung p. 80ff.

[5]) Die Entscheidung könnte man leicht geneigt sein aus wahrer Schwebe des Eigenthums abzuleiten. Dagegen spricht nicht bloss die Zugehörigkeit Javolens zur Schule der Sabinianer, sondern namentlich auch die gleiche Behandlung des Falles der manumissio pendente condicione.

Im Sinne der Proculejaner liegt ein Fall eines wahren schwebenden Eigenthums vor. Die Wahlobjecte sind vorläufig herrenlos. Erst die spätere Entscheidung giebt ihnen rückwärts einen Eigenthümer. Die blosse Herrenlosigkeit gewährt dem Legatar genügenden Schutz vor den sachenrechtlichen Verfügungen des Erben: die Wirksamkeit derselben ist ebenso in suspenso, wie das Eigenthum an den Gegenständen, über die verfügt wird.

X.

Die Pendenz und Ungewissheit der Offerte drängt zu einer Lösung. Die generelle Offerte soll concentrirt, vereinfacht werden. Dies muss nicht nothwendig erst durch die Wahl geschehen. In der generellen Offerte sind die verschiedenen Glieder der Offerte gleichwerthig, sie ersetzen einander. Der Wegfall einzelner dieser Glieder hebt die Delation nicht auf, er verengert nur den Kreis der zur Auswahl gestellten Objecte. Fallen durch Zufall alle Gegenstände bis auf einen weg — nun dann ist die Offerte, die Delation selbst concentrirt, vereinfacht: ein einfaches Legat wird dem Legatar deferirt und als solches agnoscirt oder repudiirt.

l. 13 h. t.

Paulus l. VIII ad Plautium. Si optio servi data mihi fuerit et Sticho aliquid testator sine libertate legasset, tunc sequens legatum consistit, cum tota familia ad unum, id est Stichum recciderit, ut quasi pure legato utiliter sit legatum.

Diese Entscheidung, die unerklärlich schien vom Standpunkte der Bedingungstheorie, erklärt sich somit leicht und einfach von unserem Standpunkte aus. Wenn der Kreis der Wahlobjecte bis auf eines zusammengeschrumpft ist, handelt es sich eben nicht um eine conditio, die dadurch in Erfüllung ginge, sondern um eine Delation, die dadurch vereinfacht wird.

XI.

Die Concentration der generellen Offerte durch den zufälligen Wegfall der Objecte entspricht wohl der Natur der

---

Vgl. l. 11 de manum. 40. 1, l. 29 § 1 qui et a quibus man. 40. 9 und die oben citirten l. 3 eod. u. l. 6 h. t.

Vgl. auch l. 34 de religios. 11. 7 u. dazu Fitting, über den Begriff der Rückziehung p. 80 ff.

generellen Offerte, ist aber jedenfalls nicht diejenige Art der Concentration, nicht diejenige Art der Entscheidung, die bei der Aussetzung des Legats von vornherein in Aussicht genommen worden ist.

Anders steht's um die Wahl. Die erbrechtliche Offerte ist unbestimmt, ist imperfect, aber eben derjenige, dem die Offerte gemacht worden ist, der Legatar, soll — so will's von vornherein der Vermächtnissgeber — nach seinem Belieben den einen oder andern der generell bezeichneten Gegenstände zum Inhalt der Offerte machen, Bestimmtheit an Stelle der Unbestimmtheit, Entschiedenheit an Stelle der Ungewissheit und Schwebe setzen, das Imperfecte zur Perfection bringen.

Die Wahl des Legatars ist aber nicht etwa ein naturale negotii wie bei dem legatum generis, sie ist ein essentiale. Ein legatum optionis, in welchem die Wahl dem Erben eingeräumt wäre, wäre ein hölzernes Eisen. Die generelle Delation eines einfachen Legats, die den Willensinhalt des legatum optionis ausmacht, deren Verwirklichungsform das legatum optionis ist, kann selbstverständlich nur dem ins Auge gefassten Erwerber des Legats gemacht werden.[6])

---

[6]) Giebt es inter vivos eine Form für die generelle oder alternative Offerte eines einfachen Rechts? Wir kennen keine. Bei den negotia bonae fidei würde es wesentlich auf die Absichten der Parteien ankommen, nicht auf die Form. In Bezug auf Stipulationen finden wir in l. 83 § 2 de V. O. 45. 1. folgende Bestimmung:

Si stipulante me Stichum aut Pamphilum tu unum daturum te spoponderis, constat non teneri te nec ad interrogatum esse responsum.

Der Promittent scheint die Frage als eine alternative Aufforderung zu einem einfachen Geschäft aufgefasst und dem entsprechend beantwortet zu haben. Er war aber im Irrthum. Die alternativ gestellte Frage des Stipulator wird von den Römischen Juristen nur als Aufforderung zu einem alternativen Rechtsgeschäft aufgefasst, und einer solchen Aufforderung entsprach allerdings die Antwort des Promittenten nicht. Wollte der Stipulator eine einfache Antwort haben, so musste er die alternative Frage in eine Reihe von Einzelfragen auflösen. Dasselbe muss natürlich auch in dem Falle gelten, wenn der Stipulator eine generelle Aufforderung zu dem Versprechen eines einzelnen bestimmten Gegenstandes an den Promittenten richten will. Er muss die im genus enthaltenen Gegenstände so lange einzeln aufzählen, bis derjenige Gegenstand genannt ist, den die andere Partei auch wirklich versprechen will.

XII.

Jede optio ist nicht bloss ein Act der Wahl, sie ist auch eine agnitio. Adita hereditate befindet sich der Legatar in einer Lage ähnlich derjenigen eines Erben, dem eine Erbschaft deferirt ist. Der eine kann jeden Augenblick die Erbschaft antreten, der andere jeden Augenblick durch optio das Legat erwerben. Beide haben eine occasio acquirendi —

l. 28 pr. i. f. de V. S. 50. 16.

Paulus l. XXI ad edictum. Qui occasione adquirendi non utitur, non intellegitur alienare: veluti qui hereditatem omittit aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur.

Und für beide ist diese occasio acquirendi eine höchst persönliche: die aditio ebensowohl wie die optio sind Acte, die nur demjenigen zustehen, dem die Erbschaft resp. das Legat deferirt ist.

Auch begegnet uns in den Quellen mehrfach eine Parallelisirung der optio mit der aditio. So z. B. ausser der eben angeführten l. 28 de V. S. in der l. 25 pr. de lib. causa (40. 12), wo Gaius in Bezug auf eine nicht mit Sicherheit festzustellende Frage erklärt:

Si cui de libertate sua litiganti optio legata sit, quaecumque (de) hereditate ei relicta dicuntur, eadem et de optione tractari possunt. Vgl. auch l. 9 § 1 (4. 3).

Diese Gleichheit bewährt sich in einer Reihe von Anwendungen:

A. Wie die aditio, war auch die optio, wie wir wissen, ein höchst persönlicher Act und durfte nur von dem Berufenen selber vorgenommen werden. Wie Vererbung und Uebertragung, so war wahrscheinlich auch Stellvertretung hier ausgeschlossen, und der Ausschluss der Stellvertretung erzeugte wohl bei der optio dieselben Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten wie bei der hereditatis aditio.

B. Eine einem filius familias oder Sklaven hinterlassene Erbschaft durfte bekanntlich nicht ohne jussus des Vaters oder dominus angetreten werden. Dasselbe gilt für das legatum optionis. Ist ein solches einem Haussohn oder Sklaven deferirt, so darf, so kann ohne jussus des Vaters, resp. des dominus die optio nicht vollzogen werden.

In Bezug auf den Haussohn ist uns dies ausdrücklich bezeugt. In Bezug auf den Sklaven dürfen wir wohl dasselbe als geltend annehmen.

l. 10 de legatis I.

Paulus l. II ad Sabinum Julianus nec a filio familias sine jussu patris optari posse .... putat, quod est verum.

Wie kam man aber dazu, beim legatum optionis den jussus für nothwendig zu erklären? Scheint doch hier nichts als ein Erwerb für den Herrn vorzuliegen.

Dies war in den Augen der Römer nicht ganz richtig. In der optio des einen der zur Wahl gestellten Gegenstände lag ja die Repudiation der übrigen. Konnte nun nicht der Haussohn bei der Wahl sich vergreifen und das schlechtere Stück wählen, das bessere verwerfen? und auf diese Weise ähnlich einen Verlust herbeiführen, wie wenn er eine solvente Erbschaft ausgeschlagen hätte?

Dieser Gedanke wird uns bestätigt durch eine Stelle, in welcher die Wahl eines schlechtern Sklaven — und hiermit die Ausschlagung des bessern — parallelisirt wird mit der Ausschlagung einer solventen Erbschaft —

l. 9 § 1 de dolo malo 4. 3.

Ulp. l. XI ad edictum. Si autem mihi persuaseris, ut repudiem hereditatem, quasi minus solvendo sit, vel ut optem servum, quasi melior eo in familia non sit: dico de dolo dandam, si callide hoc feceris.

Aehnlich wie von der einem Haussohn oder Sklaven hinterlassenen Erbschaft, werden wir auch von dem legatum optionis sagen müssen:

Die Gültigkeit des Legats — abgesehn von der testamenti factio — wird nur nach der Person des Gewaltunterworfenen beurtheilt —

l. 82 § 2 de leg. II.

Den Erwerbsact — die optio — kann nur die gewaltunterworfene Person selber vornehmen. Mit dem Wegfall derselben vor der optio kann die optio überhaupt nicht mehr erfolgen —

l. 63 pr. ad l. Falc. 35. 2.

Der Wegfall oder Wechsel des Gewaltinhabers hat dagegen auf die Wirksamkeit des Legats keinen Einfluss.

Der Erwerb erfolgt für denjenigen Gewaltinhaber, der es im Momente des Erwerbsacts selbst ist. Dessen jussus ist es, der zur optio erforderlich ist.

Ist der Gewaltunterthänige in dem Augenblicke der optio frei, so erwirbt er für sich und bedarf des jussus nicht.

Vgl. § 1 J. II. 14.

l. 62 § 1 D. de H. J. 28. 5.

Wer kann aber das legatum optionis wirksam repudiiren?

Hier gilt wohl der Satz „is potest repudiare qui et acquirere potest" — l. 13 § 3 de A. v. O. H. 29. 2 — und so muss denn die repudiatio vom Gewaltunterworfenen selber ausgehen. Die Repudiation ist aber wohl ohne jussus des Gewalthabers nicht wirksam.

Und gewiss, wenn die optio, trotzdem sie an sich ein Erwerbsact ist, wegen der in derselben liegenden Verwerfung der übrigen zur Wahl gestellten Gegenstände, des jussus des Vaters oder des Herrn zu ihrer Gültigkeit bedarf, so wäre es ja ein Widersinn, dass eine repudiatio schlechthin ohne jussus des Gewalthabers den Wegfall des Legats herbeizuführen im Stande wäre. [7])

Vgl. l. 13 § 5 de A. v. O. H. 29. 2.

C. Auch auf die optio wie auf die aditio sind die Grundsätze des S. C. Silanianum zur Anwendung gebracht worden:

l. 18 pr. fam. erc. 10. 2.

Ulpianus l. XIX ad edictum. His consequenter Julianus ait: si ex pluribus heredibus uni servus sit generaliter (vel? Cuj.) per optionem legatus et heredes Stichum tabulas hereditarias interlevisse dicant vel corrupisse et propter hoc renuntiaverint, ne optaretur servus, deinde optatus vindicetur, poterunt, si ab eis vindicetur, doli mali exceptione uti et de servo quaestionem habere.

Allerdings setzt die Stelle voraus, dass der Legatar Miterbe ist, und es ist nicht zu ersehen, welche definitiven Folgen die Uebertretung des Verbots nach sich zieht.

---

[7]) Eine detaillirtere Behandlung der hier sich bietenden Casuistik behalten wir uns für eine andere Gelegenheit vor.

Vgl. übrigens Mandry, das gemeine Familiengüterrecht Bd. I § 13,

D. Nicht bloss mit der cretio resp. aditio hat die optio es gemein, dass sie wahrscheinlich ein feierlicher Act war und dass sie Bedingung und Befristung nicht vertrug (s. weiter unten).

Es ergiebt sich aus dem obigen von selbst, dass von einem wahren dies cedens bei dem legatum optionis nicht die Rede sein kann: es ist unvererblich und fällt dem Gewalthaber erst mit dem Erwerb, der optio selbst, zu.

XIII.

Schon früh ist die Behauptung aufgestellt worden, die optio sei eine feierliche Handlung gewesen.

Eine unmittelbare ausdrückliche Bestätigung findet diese Ansicht in den Quellen nicht. Dennoch stimmen auch wir derselben zu. Für dieselbe spricht nicht bloss der Formensinn des ältern römischen Rechts überhaupt, nicht bloss die feierliche Errichtungsform des Legats, welcher gewiss auch eine feierliche Annahme entsprach,[8]) — überzeugend sind hier namentlich gewisse in Geltung gebliebene Grundsätze, die wir weiter unten (vgl. Nr. XIV u. XV) erörtern werden: die Einheit des Wahlacts und der positive Charakter desselben.

Vielleicht lassen sich einige Züge des alten Optionsacts reconstruiren.

Gewiss waren es verba certa sollemnia, bestimmte ein für allemal vorgeschriebene Worte, die der Legatar zu sprechen hatte. Welche Worte mögen es aber gewesen sein? Dürfen wir uns hier auf das Jheringsche „Gesetz der Correspondenz der Form" berufen, — so entsprach wahrscheinlich die Wahl- und Annahmeformel der Errichtungsformel des Legats. Die Aufforderung des Erblassers „optato eligito" mag z. B. der Legatar mit einem opto eligoque beantwortet haben.[9]) Vielleicht wurde auch bei der optio, wie bei der cretio, der Eintritt der Voraussetzung des Acts erwähnt; etwa so: quod me Publius Maevius testamento servum optare jussit, Stichum

---

[8]) Vgl. Jhering Geist des Röm. Rechts, Bd. II, Abth. II, p. 576. (I. Ausg.)

[9]) Vgl. Jhering Geist II p. 582 (Gesetz der Correspondenz der Form).

servum opto (eligoque?). Die Formel der optio hätte somit, wie diejenige der cretio, zu den „festen aber schematisch auszufüllenden" gehört.[10])

Cujacius schildert den Optionsact in folgender Weise: optio fit solenniter vel exhibita publice familia vel rebus legatis, herede praesente, certis verbis — so im Anschluss an die l. 77 de R. I. An einer andern Stelle — bei Erörterung der l. 20 de opt. v. elect. leg. 33. 5 — verlangt er auch noch die Gegenwart von Zeugen.

Die certa verba haben wir bereits gegeben.

Für die Zuziehung von Zeugen mag mit einigem Schein die l. 20 cit. angeführt werden — „quia omne jus legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumpsit" — obwohl der Ausdruck testatio nicht nothwendig eine Erklärung vor Zeugen, sondern eben so gut eine Erklärung überhaupt bedeuten kann.

Ganz ohne Grund fordert Cujacius die Gegenwart des Erben.

Nur den Schein eines Grundes hat er für das Requisit der Gegenwart der Wahlobjecte. Er beruft sich auf die Stellen, welche dem Legatar das Recht gewähren, die Vorzeigung aller zur Auswahl gestellten Gegenstände zu verlangen. Ob der Legatar von diesem Rechte Gebrauch macht oder nicht, steht doch aber ganz in dessen Belieben. Wie käme man also dazu aus der Anerkennung dieses Rechts ein nothwendiges Formelement der optio abzuleiten?

Der sinnlichen Natur des ältern Römischen Rechts hätte übrigens die Forderung der Gegenwart der Wahlobjecte wohl entsprochen. „Wo eine Sache unmittelbar Gegenstand des Rechtsgeschäfts ist", sagt Jhering,[11]) „muss sie den handelnden Personen zu Händen sein".

XIV.

Die Erklärung des Optanten musste wahrscheinlich einen positiven Charakter haben. An sich liegt in jedem Wahl-

---

[10]) Jhering, Geist II p. 614. (I. Ausg.)

[11]) Geist II p. 685 u. 686.

act ein doppelter Willensinhalt: ein positiver und ein negativer. Ich erkläre das eine Wahlobject für willkommen, ich verwerfe die übrigen. Gewöhnlich mag die Wahl in positiver Weise geäussert werden: indem der Wähler seinen Willen bestimmt dem einen Objecte zuwendet, schliesst er die übrigen Wahlobjecte aus. An sich müsste aber, wo die Wahl formlos und als solche schon bindend ist, die Wahl in negativer Form ebenso zulässig scheinen. Der Wähler müsste durch eine Aeusserung der Verwerfung den Kreis der Wahlobjecte einschränken dürfen. Er müsste den ihm genehmen Gegenstand dadurch bezeichnen können, dass er alle Gegenstände bis auf einen verwirft.

Merkwürdig genug finden wir in Bezug auf das legatum generis den Grundsatz ausgesprochen: homine legato, nihil agi repudiato Pamphilo (l. 18 de opt. v. elect. leg. 33. 5). Die Verwerfung des einen oder andern der generell hinterlassenen Gegenstände ist also unzulässig bei einem Legat, bei welchem der Wahlact nie für einen solennen, in bestimmte Wortformeln gebannten, Act gehalten worden ist, bei welchem der Wahlact nur die Bezeichnung electio führt, eine Bezeichnung, die doch lange nicht so die positive Willensrichtung betont, wie der Ausdruck optio. Um so weniger können wir die Geltung desselben Grundsatzes bezweifeln in Bezug auf das legatum optionis, das man sich als bedingt hat denken können durch die Bedingung „si legatarius optaverit", dessen feierliche Wahl- und Annahmeformel also wohl eine positive Fassung hatte, bei welchem namentlich die Wahl zugleich Erwerbsact war!

Bestätigt wird unsre Annahme durch alle Quellenstellen, in denen überhaupt von optio die Rede ist, denn überall wird die optio als positiver Act, ja als Erwerbsact vorausgesetzt oder charakterisirt. Vgl. unten sub XXI. Es sei mir hier gestattet auf einige entlegenere Argumente zu verweisen. So namentlich auf die bereits oben angeführte

l. 9 § 1 de dolo malo 4. 3.

Ulpianus l. XI ad edictum. Si ... mihi persuaseris, ut repudiem hereditatem, quasi minus solvendo sit, vel ut optem servum, quasi melior eo in familia non sit: dico de dolo dandam, si callide hoc feceris.

Hier wird mit der repudiatio hereditatis verglichen, was? — etwa, wie der Gedankengang erwarten liess, die Verwerfung des einen der zur Auswahl hinterlassenen Sklaven? nein! — die optio, die positive Wahl eines Sklaven, mit Rücksicht auf das in derselben liegende negative Element. Offenbar nur deshalb, weil es eine repudiatio des einzelnen Sklaven hier nicht gab, und der Jurist eben nichts anderes zur Parallele benutzen konnte als den positiven Act.

Eine weitere Unterstützung findet übrigens unsere Behauptung auch noch in folgenden Erwägungen:

XV.

In l. 5 pr. de legatis I erklärt Paulus (l. I ad Sabinum): Servi electione legata semel dumtaxat optare possumus.

Man hat in diesem Satze bisher nur den Ausschluss des jus variandi gesehen: die einmal getroffene Wahl soll unwiderruflich sein. Es liegt in demselben aber noch etwas anderes.

Der Wahlact soll nicht in eine Anzahl Einzelacte zerbröckeln, er soll einheitlich sein. Es versteht sich daher von selbst, dass der Wahlact kein negativer sein darf. Bei einer grösseren Zahl von Objecten würden Repudiation von einzelnen Wahlobjecten und Einheit der Handlung sich schwerlich vertragen.

Verlassen ist der strenge Grundsatz nur in dem Falle der optio mehrerer:

l. 8 § 2 h. t.

Pomponius l. VI ad Sabinum. Unius hominis mihi et tibi optio data est: cum ego optassem, si non mutassem voluntatem, deinde tu eundem optaveris, utriusque nostrum servum futurum.

XVI.

Ein jus variandi giebt es hier nicht. Und mit Recht. Denn das jus variandi hat nur dann Sinn und Grund, wenn die Wahl dem verpflichteten Theil zusteht.[12]) Hier aber steht die Wahl dem Berechtigten zu, ja hier wird durch die Wahl das zugedachte Recht dem Bedachten unmittelbar erworben. Der Legatar hat sofort, was ihm hinterlassen. Es ist nichts

---

[12]) Vgl. Bernstein, Zur Lehre v. altern. Willen pp. 51. u. 52.

mehr zu wählen übrig. Mit geschehener optio ist omne jus legati consumtum.

Vgl. l. 20 u. ll. 2, 3, 4, de opt. v. el. leg. 33 5.

XVII.

Wann darf der Legatar die optio vornehmen? Da durch die optio das Legat verwirklicht wird, so darf sie nicht eher geschehen, als bis die Erbschaft angetreten ist.

l. 16 de opt. v. el. leg. 33 5.

Terentius Clemens libro XV ad legem Juliam et Papiam. Optione legata placet non posse ante aditam hereditatem optari et nihil agi, si optaretur.

Dasselbe gilt natürlich auch von der repudiatio — denn man repudiirt ja nur das wirksam was man auch erwerben könnte. Weder die verfrühte optio, noch die verfrühte repudiatio sind präjudicirlich. Wer früher optirte, darf später repudiiren, wer repudiirte, optiren.

Hätte der Vermächtnissgeber die optio nur unter einer gewissen Bedingung oder ex die hinterlassen, so dürfte die optio natürlich nicht vor erfüllter Bedingung oder eingetretenem dies vorgenommen werden.

Diese Grundsätze hängen wesentlich mit der alterthümlichen Natur der optio zusammen: soll das Rechtsgeschäft wirksam sein, so muss der gesammte Thatbestand gegenwärtig sein: Anticipation des Rechtsgeschäfts ist unzulässig. [13])

Bis wann muss spätestens optirt worden sein? Das jus civile kennt keine zeitliche Grenze. Dadurch werden aber die Interessen des Erben leicht geschädigt. So lange der Legatar nicht gewählt hat, kann der heres über die zur Auswahl hinterlassenen Sachen so gut wie gar nicht verfügen. Im Interesse der Sicherheit des Verkehrs greift hier der Prätor ein. Auf Verlangen des Erben erlässt er an den Legatar ein Decret, in welchem er denselben auffordert, bei Gefahr des Verlustes der Vermächtnissklage, innerhalb einer bestimmten ihm gesetzten Frist zu optiren.

---

[13]) Jhering Geist III § 53. (I. Ausg.)

l. 6 de opt. v. el. legata 33 5.

Pomponius l. VI ad Sabinum. Mancipiorum electio legata est. e venditio, quandoque eligente legatario, interpelletur, decernere debet praetor, nisi intra tempus ab ipso praefinitum elegisset, actionem legatorum ei non competere.

Hätte der Erbe nach abgelaufener Optionsfrist über die Wahlobjecte verfügt, die Sklaven beispielsweise veräussert, freigelassen, — so konnte der Legatar dennoch nach Civilrecht durch eine spätere optio diese Verfügungen in Bezug auf die optirten Objecte unwirksam machen; tuitione praetoris blieben indess Veräusserung, Freilassung etc. aufrecht erhalten.

So heisst es denn in der citirten l. 6 de opt. v. el. leg. — quid si, die praeterito quem finierit praetor, heres aliquos ex servis vel omnes manumiserit, nonne praetor eorum tuebitur libertatem? [14])

Die Bejahung der Frage geht ganz eclatant aus dem Zusammenhange der Stelle hervor.

Idem est, heisst es dann weiter, et si pignori aliquos ex his servis heres dederit post diem, vel vendiderit.

Die Strafe der Fristversäumniss ist hart, der Prätor sucht sie daher auch durch folgende Modalität zu mildern:

l. 6 cit.

Quid ergo si die praeterito, sed antequam venderet heres, vindicare legatarius velit? quia non est damnum subiturus heres, propter quod decernere praetor id solet... totiens actio deneganda non est, si omnia in integro sint.

Es muss aber auch noch Alles in integro sein. Daher heisst es in l. 7 de opt. v. el. leg.

Paulus l. X Quaestionum.

...si quosdam servos distraxit, quosdam retinuit, non est audiendus legatarius, si velit optare ex retentis ab herede, cum jam disposuerit familiam heres.

Ein ähnliches Decret erlässt der Prätor auch im Interesse der Collegatare und des emtor hereditatis.

---

[14]) Vgl. Gaius III 56: postea vero per legem Juniam eos omnes, quos praetor in libertate tuebatur, liberos esse coepisse et appellatos esse Latinos Junianos.

l. 8 pr. de opt. v. el. leg. 33. 5.

Pomponius l. VI ad Sabinum. Si tibi electio servi et mihi reliqui legati sunt, decernendum est a praetore, nisi intra certum tempus optaveris, petitionem tibi non datu iri.

l. 13 § 1 de opt. v. el. leg. 33. 5.

Paulus l. VIII ad Plautium. Pomponius scribit emptore hereditatis postulante, ut is, cui servi optio legata sit, optet, videndum esse, an Praetor, ut id faciat cogere debeat legatarium, quemadmodum si heres institutus id postularet, quia potest per heredem id emptor consequi: et quare non possit, non video.

XVIII.

Die optio ist ein Willensact. Soll sie wirksam sein, so muss der der optio entsprechende Wille vorhanden sein — der Wille, gerade das durch dieses Legat eingeräumte Wahlrecht auszuüben. Fehlt der Wille, so ist die optio ungültig. Der Wille wird aber ausgeschlossen durch Irrthum, wenn derselbe wesentliche Elemente des Rechtsgeschäfts betrifft.[15])

Der Irrthum kann die Existenz des Wahlrechts selbst betreffen, z. B. ich glaube, mir sei der Sklave Stichus pure legirt, während mir eine optio servi hinterlassen ist: es ist wohl selbstverständlich, dass ein nicht ausgeübtes Wahlrecht auch nicht consumirt sein kann.

Der Irrthum kann sich beziehen auf den Grund des Wahlrechts: ich weiss wohl, dass ich ein Wahlrecht habe, ich halte es aber für ein Wahlrecht aus einem generellen Forderungsrecht, während es eine optio legata ist. Die juristische Bedeutung, die Folgen des Wahlacts sind so verschiedene in dem einen und dem andern Falle, dass von einer Identität des Acts und einer Consumtion der optio unmöglich die Rede sein kann.

Gegenstand des Irrthums kann sein der Umfang des Wahlrechts — namentlich also die Zahl der Wahlobjecte. Wo ich nicht geprüft und verglichen, habe ich nicht gewählt.

l. 4 de opt. v. el. leg. 33. 5.

---

[15]) Vgl. die Ausführungen über den Irrthum bei der Acquisition des Erbrechts in Köppens System des römischen Erbrechts.

Paulus l. III ad Sabinum. Scyphi electione data si non omnibus scyphis exhibitis legatarius elegisset, integram ei optionem manere .... placet.

l. 5 eod.

Africanus l. V Quaestionum. nec solum si fraude heredis, sed etiam si alia qualibet causa id evenerit.

Allerdings gilt der Satz nur mit der richtigen Beschränkung:

l. 4 cit.

nisi ex his dumtaxat eligere voluisset, cum sciret et alios esse.

Der Irrthum kann die Gegenstände der Wahl selbst betreffen: mir ist die Wahl zwischen A, A 1, A 2, A 3 etc. hinterlassen und ich wähle zwischen B, B 1, B 2, B 3 etc. Auch hier ist selbstverständlish ein Wahlrecht nicht aufgebraucht, das gar nicht ausgeübt worden ist.

l. 2 § 3 de opt. v. el. leg. 33. 5.

Ulpianus l. XX ad Sabinum. Eum, cui centum amphorarum electio data sit, acetum eligentem non consumere optionem ...

Diesem Fall, wo man fälschlich Gegenstände wählt, die der Erblasser gar nicht zur Auswahl hinterlassen, steht der andere Fall gleich, wenn die optio irrthümlich Gegenstände trifft, die kraft objectiven Rechts nicht wählbar sind.

l. 2 § 2 de opt. v. el. leg. 33. 5.

Ulpianus l. XX ad Sabinum. Data igitur optione si quis optaverit alienum servum vel hominem liberum, videndum est, an consumpserit optionem: et puto non consumi.

Der Irrthum kann sich auch auf die Wirkungen des Wahlrechts beziehen: dieser Fall ist indess identisch mit dem Fall des Irrthums über den Grund des Wahlrechts.

Wie ist's aber wenn der Optant irrigerweise glaubt, die Voraussetzungen für eine wirksame optio seien nicht vorhanden — oder wenn er an deren Vorhandensein zweifelt? Die optio ist nicht ein blosser Wahlact wie die Wahl bei dem legatum generis, oder dem legatum alternativum, oder bei ähnlichen Rechtsgeschäften unter Lebenden. Sie ist Wahl und Agnition des Legats zugleich. Sie muss daher ungültig sein, wenn der Optant glaubt, dass sie unwirksam ist, oder auch nur an der Wirksamkeit derselben zweifelt.

Plus est in opinione quam in veritate l. 15 D. de A. v. O. H. 29. 2.

Vgl. l. 23 eod.[16])

XIX.

Der Erwerb der optio legata erfordert einen Willensact des Legatars — die Delation des Legats ist eine höchst persönliche: — musste sich nicht hier, ebenso wie bei der Erbschaft, die Nothwendigkeit herausstellen, das Princip der Persönlichkeit und Unvererblichkeit der Delation durch Anerkennung gewisser Transmissionsfälle zu durchbrechen?

Die Grundsätze über die Transmission der Erbschaftsdelation, in ihrer allmählichen Entwickelung, boten Stoff genug zu analoger Anwendung auf die optio: hat diese Anwendung stattgefunden?

Aus unsern Quellen ist dies leider nicht zu ersehen.[17])

---

[16]) Köppen, in Jherings Ibb. V p. 206 ff.

[17]) Es sei mir gestattet, hier auf einen bisher wenig beachteten Fall der Transmission bei einem gewöhnlichen legatum generis hinzuweisen:

l. 10 de opt. v. elect. leg. 33. 5.

Julianus l. XXXIV digestorum. Si Pamphilo servo Lucii Titii servus generaliter legatus sit, deinde dominus Pamphili, postquam dies legati cesserit, eum manumisisset: si quidem Titius servum vindicaverit, exstinguitur Pamphili legatum, quia non esset in hereditate Pamphilum qui possit optari. si vero Titius legatum a se repudiasset, optare posse legatum constat: licet enim manumissione Pamphili duae personae constituerentur Titii et Pamphili, unius tamen rei legatum inter eas vertitur et Titio vindicante optio exstinguitur, repudiante Pamphilus optare potest.

Der Sklave hatte das ihm hinterlassene Legat bereits seinem Herrn erworben — ein gewöhnliches legatum generis, wie ja schon aus der Thatsache zu erkennen, dass es der dominus ist, welcher selber wählt, nicht der Sklave jussu domini.

Sonst gilt nun der Grundsatz, dass der Sklave, „post diem legati cedentem liber factus apud dominum legatum relinquet“ — l. 5 § 7. quando dies legat. 36. 2. Die Repudiation des Legats von Seiten des Herrn müsste also den Untergang des Legats herbeiführen.

Merkwürdig genug führt die Repudiation des Herrn hier zu einer Transmission an den Freigelassenen.

„In hanc rem haec lex est singularis valde, neque quicquam praeterea est“ ruft Cujacius bei der Betrachtung dieser Stelle aus.

Leist spricht von einem „halben Transmissionsrecht“ — wenn die Transmission stattfindet „vom eigentlich Berufenen an denjenigen, welcher zunächst den materiellen Antretungswillen abzugeben hat“.

XX.

An dieser Stelle auch noch einige Worte über eine vielbesprochene Eigenschaft der optio. Jede Hinzufügung eines dies oder einer condicio macht bekanntlich den Act ungültig. Die optio gehört eben zu den berühmten „actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem" und die „in totum vitiantur per temporis vel condicionis adjectionem". (l. 77 de R. J.)

Die bedingte optio macht das Legat nicht vererblich,[18]) hindert nicht an einer späteren Repudiation, resp. an einer anderen optio u. s. w.

Zur Erklärung dieser Erscheinung haben wir es nicht nöthig, uns auf das Phänomen der Concentration der Rechtsgeschäfte im ältern Römischen Rechte zu berufen.[19]) So bedeutend dieser Grund mitgewirkt haben mag, der Hauptgrund ist doch — von unserm Standpunkte wenigstens — folgender:

Eine jede Acceptation muss genau der Offerte entsprechen. Eine Annahme, die die eigene Zusage an Bedingungen und Befristungen knüpft, ist gar keine, ist ungültig. In dem legatum optionis wird dem Legatar mortis causa eins von mehreren generell bezeichneten Objecten zur Auswahl angeboten — der Offerent will eine Acceptation durch Wahl. Der Legatar acceptirt, indem er wählt, aber er acceptirt entsprechend dem Angebot nur, wenn er acceptirt pure, ohne jede weitere Clausel, ohne eigene Bedingungen und Befristungen. Widrigenfalls liegt nur der Schein einer Acceptation vor, ist die optio bedeutungslos.[20])

Glücks Pandekten. Bücher 37 u. 38. Bd. II p. 182ff.

Hier liegt ebenfalls ein „halbes Transmissionsrecht" vor, aber in umgekehrter Richtung.

[18]) Windscheid, Pand. I p. 276.

[19]) Jhering, Geist III § 53.

[20]) Fitting, Archiv f. Civ. Prax. 39. p. 346, und Enneccerus, über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung p. 42, suchen das Phänomen aus der Natur der dem legatum optionis vermeintlich anhaftenden Bedingung zu erklären. — Scheurl — zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Wahlgeschäften p. 301 — zählt die optio zu den Willenserklärungen „welche vernünftigerweise nicht abgegeben werden können, ohne dass man die Umstände dazu angethan findet, um den fraglichen Willen sofort verwirklicht wissen zu wollen". Dagegen übereinstimmend Hölder Krit. VJSchr. XVI. p. 239. „Der-

XXI.

Welche Wirkung hat die einmal geschehene Wahl?

Aus allem vorher Besprochenen ergiebt sich Folgendes.

Von dem Augenblicke der Wahl an ist die Delation auf einen Gegenstand concentrirt und das nunmehr vereinfachte Legat erworben.

Die Wahl hat ihren Zweck erfüllt und ist mit der Ausübung auch aufgebraucht. Von nun an kann sie nur noch mit als Titel für den geschehenen Erwerb in Betracht kommen. „Omne jus legati consumsit", „optionem consumsit legatarius" heisst der technische Ausdruck für diese Verzehrung des Wahlrechts. Das Gegentheil wird mit den Ausdrücken „non consumsit optionem legatarius", „integra ei manet optio" bezeichnet.[21])

Der Erwerb des Legats bedeutet aber den unmittelbaren Uebergang der gewählten Sache in das Eigenthum des Legatars.

l. 8 § 2 h. t.

Pomponius l. VI ad Sabinum. Unius hominis mihi et tibi optio data est: cum ego optassem, si non mutassem voluntatem, deinde tu eundem optaveris, utriusque nostrum servum futurum. quod si ante decessissem vel furiosus factus essem, non futurum communem, quia non videor consentire, qui sentire non possim: humanius autem erit, ut et in hoc casu quasi semel electione facta fiat communis.

Vgl. auch l. 18 pr. fam. herc. 10. 2.

Ulpianus l. XIX ad edictum . . . si (servus) optatus vindicatur . . .

und l. 20 h. t.

Labeo l. II Posteriorum a Javoleno epitomatorum . . . . continuo ejus fit simul ac si dixerit eam sumere.

---

jenige, der sich über die Unzulässigkeit bedingter Erbantretung wundert, müsste sich auch über die Bedeutungslosigkeit bedingter Acceptation einer Offerte wundern. Hier wie dort, und so ist es auch bei der servi optio, ist der Grund einfach der, dass ein Angebot nicht anders als genau so wie es gemacht ist, angenommen werden kann. Hier wie bei der tutoris auctoritas liegt in der Natur des mit einem vorhergehenden correspondirenden Actes das Erforderniss absoluter Congruenz mit jenem".

[21]) l. 2 §§ 2 u. 3, l. 4, l. 20 de opt. v. el. leg. 33. 5.

Daher auch die scheinbare Identificirung von electio und optio mit vindicatio.

So z. B. in l. 3 § 6 ad exhib. 10. 4.

Ulpianus l. XXIV ad edictum .... si optare velim servum vel quam aliam rem, cujus optio mihi relicta est, ad exhibendum me agere posse constat, ut exhibitis possim vindicare.

Vgl. auch l. 6 pr. h. t.

Pomponius l. VI ad Sabinum .... decernere debet praetor, nisi intra tempus ab ipso praefinitum elegisset (sc. legatarius), actionem legatorum ei non competere. quid ergo, si die praeterito ... vindicare legatarius velit?

Diese Identificirung ist aber auch nur eine scheinbare. So lange die optio ein selbständiger Formalact war, durfte und konnte sie nicht von der Vindication absorbirt werden. Die Ausdrücke optare und vindicare werden nur darum promiscue gebraucht, weil ja stets die optio die vindicatio erst ermöglicht, die optio als selbstverständliche Voraussetzung daher auch subintelligirt werden kann. Eine genauere Ausdrucksweise lässt daher auch die optio der Vindication vorangehen.[22])

Vgl. die oben citirte l. 18 pr. fam. herc. 10, 2
si (servus) optatus vindicatur.

War auch das jus legati unvererblich, das nun an die Stelle getretene Eigenthum ist vererblich wie Eigenthum überhaupt.

War es vor der Wahl mit der Unbestimmtheit des Legatsinhalts auch unbestimmt gewesen, welche Verfügungen des Erben über die zur Auswahl hinterlassenen Objecte aufrecht erhalten bleiben, die optio bringt Bestimmtheit und Sicherheit indem sie den Inhalt des Vermächtnisses bestimmt und concentrirt. Alle in Bezug auf die gewählte Sache getroffenen Verfügungen des Erben — Freilassungen, Veräusserungen, Bestellungen dinglicher Rechte — fallen nun zusammen; in Bezug auf die übrigen Objecte bekommt der Erbe dagegen von nun an freie Hand, und der Bestand der bis dahin getroffenen Verfügungen erscheint gesichert.

---

[22]) Dies gegen Demelius Exhibition s. 96ff.

Nur war die Wirkung der geschehenen Wahl bei den Freilassungen wahrscheinlich nicht ganz dieselbe, wie bei den übrigen Verfügungen. Diese letztern waren in der Zeit der Pendenz des Vermächtnissinhalts nicht wirkungslos gewesen: nur schufen sie Rechte von ungewissem Bestande, bedroht in ihrer Fortdauer durch die über ihnen hängende optio. Die optio vernichtet die an dem gewählten Objecte begründeten Rechte — und sichert den Fortbestand dieser Rechte an den übrigen Objecten.

Die Freilassung hatte dagegen keine eventuell resolvable Freiheit begründet, sie war in ihrer Wirksamkeit von vornherein ungewiss und pendent: die optio entscheidet hier über Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der manumissio. Und Aehnliches galt wahrscheinlich von dem Fall, wo ein locus profanus zum locus religiosus gemacht wird.

Zum Beweise erinnere ich an das, was ich oben bei der Darstellung der Periode der Pendenz ausgeführt, an die Analogie der condicio und an die schon oben citirten Stellen, in denen diese Sätze theils unmittelbar, theils mittelbar ausgesprochen sind.

Vgl. l. 6 h. t., l. 14 h. t., l. 3 (40. 9).

XXII.

Wirkt die geschehene Wahl zurück? Gewiss nicht, wenn wir die optio uns mit Justinian als Bedingung denken; ebensowenig wohl, wenn wir mit dem Sabinianer Gaius die blosse Analogie der Bedingung unserer Construction zu Grunde legen, die optio als quasi condicio fassen.

Aber auch unsere Construction, die das legatum optionis wesentlich als generelle Offerte eines einfachen Legats — mit höchst persönlichem Wahlrecht — denkt, nöthigt uns zur Annahme der Rückwirkung nicht.

Die Rückwirkung ist auch hier schwerlich logisch nothwendig. Die optio zeigt nicht etwa, was eigentlich deferirt ist, offenbart nicht etwa, was Inhalt des Vermächtnisses ist: sie macht erst den einen oder andern Gegenstand dazu.

Ebenso wenig bedarf es der Rückwirkung zur Motivirung der vorläufigen dinglichen Gebundenheit der zur Auswahl hinterlassenen Sachen. Genügt hierzu nicht der Gedanke von

der Nothwendigkeit, die Verwirklichung des, durch den erblasserischen Willen gesetzten, vom Rechte anerkannten, Zwecks des Wahllegats im Voraus zu sichern? Bedarf es ja der Rückwirkung nicht bei dem bedingten Legat.

Endlich, ist auch die optio von Haus aus an keine Frist gebunden — nach Civilrecht darf sie so spät vorgenommen werden, als es dem Legatar gerade gefällt — so ist sie doch ein stillschweigend befristeter Act, und mehr noch als von der obligatio generis gilt von der optio das Wort von Paulus — l. 83 § 5. (45. 3.) — „tacite in ea tempus continetur"; und dieser Satz wird dadurch nur bestätigt, dass der Prätor berechtigt ist, dem Legatar eine Frist zu setzen, innerhalb welcher er sein Wahlrecht ausüben soll.

Wir finden in unseren Quellen eine besonders interessante Consequenz der Nichtrückwirkung der optio verzeichnet:

l. 11 h. t.

Julianus lib. XXXVI digestorum. Si Eros Seio legatus sit et Eroti fundus, deinde optio servi Maevio data fuerit isque Erotem optaverit, fundus ad solum Seium pertinebit, quoniam aditae hereditatis tempore is solus erit, ad quem posset legatum pertinere. nam et cum servo communi alter ex sociis legat, idcirco ad solum socium totum legatum pertinet, quoniam die legati cedente solus est, qui per eum servum possit adquirere.

L. 15. h. t.

Javolenus libro II epistularum. Servo sine libertate legavi, deinde optionem servorum Maevio dedi: is eundem servum optavit: quaero, an id quoque quod legatum est ei deberetur. respondit: non puto legatum hujus servi nomine ad dominum pertinere.

Anders wahrscheinlich im Sinne der Proculejaner. Der Eigenthümer wurde hier wohl für die „herrenlose" Zeit „nachgeliefert" (Ausdruck von Jhering), und hiermit wurde folgeweise auch die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der inzwischen über die Wahlobjecte getroffenen Verfügungen entschieden. Ein ausdrückliches Zeugniss dafür besitzen wir allerdings nicht.

Anders war es wohl auch beim legatum generis. Hier werden wir, glaub' ich, nach Lage unserer Quellen der Wahl

rückwirkende Kraft beilegen und darin einen wesentlichen Unterschied vom legatum optionis constatiren müssen.

l. 13 de legatis I.

Pomponius l. IV ad Sabinum. Cum incertus homo legatus tibi esset, heres Stichum servo tuo tradidit. Neratius respondit, si voluntate domini tradidit vel ratum hoc dominus habuerit, perinde eum liberatum, atque si Stichus legatus esset.

Läge also in den oben citirten l. 11 und l. 15 h. t. statt eines legatum optionis ein legatum generis vor, so würde der Legatar das legatum servo sine libertate relictum gewiss erwerben, resp. miterwerben: das Eigenthum am gewählten Sklaven würde ja bis zum Moment der aditio hereditatis zurückversetzt werden.

XXIII.

Nach dem Pandektenrecht hängt es rein vom Zufall, nicht vom Willen des Erblassers ab, ob das legatum servo sine libertate relictum von demjenigen, dem die servi optio hinterlassen ist, mit erworben wird oder nicht.

l. 13 de opt. v. el. leg. 33. 5.

Paulus l. VIII ad Plautium. Si optio servi data mihi fuerit et Sticho aliquid testator sine libertate legasset, tunc sequens legatum consistit, cum tota familia ad unum, id est Stichum, recciderit, ut quasi pure legato utiliter sit legatum. nec adversatur Catoniana, si voluntarius heres institutus sit, quia potest ante aditam hereditatem, etiamsi statim decesserit, familia minui: quod si necessarius heres institutus sit, sequens legatum propter Catonianam inutile est.

Hat also der Zufall ante aditam hereditatem die Delation vereinfacht und aus der optio eine blosse agnitio gemacht, dann tritt mit den Grundsätzen des einfachen Legats auch die Rückwirkung und consequenterweise mit dem Erwerb des Sklaven auch der Erwerb des legatum servo relictum ein, allerdings vorausgesetzt, dass nicht der eingesetzte Erbe ein heres necesarius ist.

Um das legatum servo sine libertate relictum aufrecht zu erhalten, hat man schon den dies cedens desselben von dem Augenblicke des Todes des Vermächtnissgebers auf den Augenblich des Erbschaftsantritts verlegt.

Warum ist man nun nicht noch einen Schritt weiter gegangen und hat im Fall, wenn der Sklave bedingt legirt, oder mit zur Auswahl hinterlassen ist, den dies cedens des legatum servo relictum auf den Moment der Erfüllung der Bedingung oder der Vornahme der Wahl hinausgeschoben?

Wir zweifeln keinen Augenblick, dass es Römische Juristen gegeben, die diesen Schritt auch wirklich gethan. In unsern Quellen sind dieselben allerdings nicht zu Worte gekommen.

Um so klarer tritt uns der Gegensatz und Kampf der Meinungen entgegen in der Behandlung des Falls, wenn der Erblasser seinem Sklaven Legat und Freiheit hinterlassen.

Ist beides unbedingt geschehen, so wird auch hier, im Interesse der Aufrechterhaltung des Legats, der dies cedens desselben auf den Moment des Erbschaftsantritts verlegt.

l. 7 § 6 und l. 8 quando dies leg. 36. 2.

Wie aber, wenn die Freiheit bedingt, das Legat unbedingt hinterlassen ist?

Julian entscheidet diesen Fall nach denselben Grundsätzen, wie Paulus den entsprechenden Fall in der l. 13 h. t.

l. 91 § 1 de leg. I.

Auf dem entgegengesetzten Standpunkte steht Callistratus: die Bedingung der libertas soll auch als Bedingung des Legats angesehen werden.

l. 82 de cond. et dem. 35. 1.

Vermittelnd tritt auf Maecianus —

l. 86 de cond. et dem. 35. 1.

XXIV.

Was die Entscheidung durch Wegfall der Mehrzahl der Gegenstände bis auf einen betrifft, so geben uns unsere Quellen über die Wirkung derselben nur zu wenig Auskunft. Jedenfalls unterscheidet sich diese Thatsache in ihren Folgen von der Wahl schon dadurch, dass sie bloss eine Vereinfachung der Delation, nicht auch nothwendig einen Erwerb bewirkt. Rückwirkung ist indess auch der zufälligen Vereinfachung des legatum optionis nicht zuzuschreiben.

l. 13 pr. de opt. v. el. leg. 33, 5.

Paulus l. VIII ad Plautium. Si optio servi data mihi fuerit et Sticho aliquid testator sine libertate legasset, tunc

sequens legatum consistit, cum tota familia ad unum, id est Stichum recciderit, ut quasi pure legato utiliter sit legatum. nec adversatur Catoniana, si voluntarius heres institutus sit, quia potest ante aditam hereditatem, etiamsi statim decesserit, familia minui: quod si necessarius heres institutus sit, sequens legatum propter Catonianam inutile est.

Das legatum servo sine libertate relictum ist nur dann gültig, wenn die familia des Erblassers, aus der dem Legatar die optio hinterlassen ist, noch vor dem Erbschaftsantritt ad unum recidit. Hätte eine solche zufällige Concentration später stattgefunden, so wäre das legatum servo relictum ganz ebenso inutile gewesen, wie wenn diese Concentration gar nicht erfolgt wäre: die Concentration kann also unmöglich retrotrahirt worden sein.

XXV.

Generelle Delation eines einfachen Rechts, — Identität des Wahl- und Erwerbsacts, — endlich Persönlichkeit dieses Wahlrechts — das sind also, wie wir gesehen haben, die wesentlichsten und charakteristischsten Züge des legatum optionis. Genauer betrachtet könnten wir sie auf zwei reduciren — denn die Identität des Wahl- und Erwerbsacts ist nur eine Consequenz der eigenthümlichen Natur der Delation: die generelle Delation eines einfachen Rechts und die Persönlichkeit des Wahlrechts. Diese beiden Merkmale stehen nicht in einem nothwendigen Zusammenhange — und es lässt sich ebensowohl die generelle Delation eines einfachen Rechts bei Vererblichkeit des jus eligendi denken, als die Persönlichkeit des Wahlrechts bei einfacher Delation eines generellen Rechts. Auf dem Gebiete der alternativen Obligation wenigstens begegnen wir in älterer Zeit einer Verbindung von alternativem Recht und Persönlichkeit des Wahlrechts.

XXVI.

Auch in der Lehre vom legatum optionis können wir die Frage aufwerfen, die uns aus den Gegensätzen in der Lehre von der obligatio und dem legatum generis, der obligatio alternativa und dem legatum alternativum so geläufig ist: ob in dem legatum optionis alle Objecte legirt sind, oder nur eines, aber unbestimmt welches?

Dieser Gegensatz ist unabhängig davon, ob man das legatum optionis sich als ein bedingtes denkt oder nicht.

Wenn Gaius in der l. 3 qui et a quibus 40. 9. erklärt ....„optione sive electione servi data quodammodo singuli sub condicione legati videntur“ — so denkt er sich alle Gegenstände als legirt, ein jedes einzelne quasi sub condicione. Ungewiss ist also nicht der Inhalt, sondern nur die Existenz des Legats. — Eine spätere Auffassung, die in dem legatum optionis eine wahre Bedingung sah, brauchte aus den Worten des Gaius bloss das Wörtchen quasi zu streichen.

Man kann sich aber auch die condicio zugleich als incerta demonstratio denken: „quem legatarius optaverit“. Die Bedingung entscheidet hier gleichzeitig über die Existenz des Legats und über den Inhalt desselben. Das als Bedingung gesetzte Ereigniss ist Voraussetzung der Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses und zugleich individualisirendes Merkmal. Hier ist also unbestimmt, nicht bloss die Existenz, sondern auch der Inhalt des Legats.

Mit der Idee der Bedingtheit möchten wir natürlich auch diese beiden Formulirungen beseitigt sehen.

Aber auch unabhängig von der Bedingung kann man mit Papinian sagen: „hominis legatum orationis compendio singulos homines continet“ — (l. 66 § 3 de leg. II) — und alle generell bezeichneten Gegenstände als deferirt denken, oder auch nur einen erst zu bestimmenden, vorerst unbestimmten, Gegenstand als Inhalt der Delation fassen.

Bei der ersten Auffassung verwandelt sich das legatum optionis in eine Summe von Einzellegaten. Diese Auffassung entspricht der Theorie von der resolutiven Pendenz auf dem Gebiete der alternativen obligatio.[23])

Legen wir diese Auffassung zu Grunde, so müssten, nach der Theorie der Sabinianer, alle generell legirten Sachen vom Augenblicke des dies cedens in das Eigenthum des Legatars übergehen; die Wahl müsste hier vorzugsweise einen negativen Charakter erhalten und bestimmen, was aus dem Eigenthume des Legatars auszuscheiden hat; das legatum servo sine liber-

---

[23]) Vgl. Bernstein, zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften p. 1ff.

tate relictum müsste stets aufrecht erhalten bleiben, wenn die optio den betreffenden Sklaven trifft — denn dieser Sklave hatte ja schon einen Eigenthümer und zwar vom dies cedens an. —

Dagegen spricht aber, dass Sabinianer selbst das Eigenthum an der gewählten Sache erst mit der Wahl auf den Legatar übergehen lassen.

So Pomponius in der l. 8 h. t.

„utriusque nostrum servum futurum".

„ut et in hoc casu ... fiat communis".

Sabinianer sind's auch, welche das legatum servo relictum zusammenfallen lassen, weil der Optant die aditae hereditatis nicht Eigenthümer des servus ist.

So Julian in der oben angeführten l. 11 h. t. und Javolenus in der ebenfalls oben angeführten l. 15 h. t.

Dagegen spricht endlich der wesentlich positive Charakter der optio.

Ebenso wenig liesse sich das legatum optionis im Sinne der Proculejaner in einen Complex von Einzellegaten auflösen.

Würde es mit der Theorie der Proculejaner auch übereinstimmen, dass das Eigenthum am gewählten Object erst im Momente der Wahl auf den Legatar übergeht, der wesentlich positive Charakter der Wahl und namentlich der Ausschluss der Rückwirkung würden mit dieser Theorie schwer zu vereinbaren sein.

So bleibt uns nur übrig, den Inhalt der Delation als unbestimmt und erst durch die optio zu bestimmend anzusehen. Keins der angeführten Bedenken steht dieser Auffassung entgegen.

XXVII.

Gehen wir jetzt zu der Beantwortung der andern Frage über: hat Justinian die exaequatio des legatum optionis und des legatum generis auch consequent durchgeführt? Er hat die wesentlichen Eigenthümlichkeiten des legatum optionis beseitigen wollen. Hat er auch alle Grundsätze beseitigt, die in dieser besondern Natur des legatum optionis ihren Grund haben? Ist das legatum generis, dessen Unterart das legatum optionis geworden ist, auch harmonisch und consequent ausgestaltet?

Die Antwort ergiebt sich leicht und einfach aus unserer bisherigen Darstellung.

Nur wenn die optio die Natur einer Acceptation hat, wenn sie der aditio und der agnitio entspricht, erscheint die Zufügung von dies und condicio unzulässig. Seitdem die optio nichts als blosser Wahlact ist, bestimmt, den Inhalt des legatum generis zu individualisiren, ist nicht recht abzusehen, warum der Wahlact nicht solche Nebenbestimmungen soll aufnehmen können — soweit dies nicht der etwaigen Unwiderruflichkeit der Wahl widerstreitet. Dennoch hat Justinian die optio noch unter den actus legitimi aufgeführt, qui diem et condicionem non recipiunt.[24])

Nur wenn die optio der Act ist, durch den das Legat selbst erworben wird, kann der Verlust des jus optandi wegen Fristversäumniss den Verlust des Legats selbst bedeuten. Nach Justinianischem Recht müsste der Verlust des Wahlrechts nur bedeuten den Verlust des Rechts, den Inhalt des Legats zu bestimmen, also Uebergang des Wahlrechts auf den Erben. Auch bei einem solchen Uebergang auf den Erben bleibt das Wesen des legatum generis intact; beim legatum optionis wäre ein solcher Uebergang der Aufhebung des Legats gleich zu achten. Justinian hat dennoch, wie wir wissen, die Consequenzen des alten legatum optionis gezogen.[25])

Beim legatum generis erwirbt der Gewaltunterthänige das Wahlrecht seinem Gewalthaber.

l. 10 h. t.

Julianus l. XXXIV. digestorum. Si Pamphilo servo Lucii Titii servus generaliter legatus sit, deinde dominus Pamphili, postquam dies legati cesserit, eum manumisisset: siquidem Titius servum vindicaverit, exstinguitur Pamphili legatum ...

Es ist daher eine Reminiscenz aus der Zeit der Selbstständigkeit der optio legata, dass wir in den Pandekten den Satz finden:

l. 10 de legatis I.

---

[24]) Vgl. Windscheid, Pand. I p. 276. (V. Aufl.)

[25]) Vgl. auch Bernstein, zur Lehre vom alternativen Willen p. 73 ff. und Dernburg, Lehrb. d. Preuss. Privatrechts II § 29 A. 18.

Paulus l. II ad Sabinum. Julianus nec a filio familias sine jussu patris optari posse, nec ante aditam hereditatem putat, quod est verum.

Endlich sind im Sinne Justinians nur mit der Natur des alten legatum optionis vereinbar die Grundsätze über das legatum servo relictum.

Die exaequatio hat also im höchsten Grade unvollkommen stattgefunden. Im Justinianischen legatum generis spukt noch immer der Geist der alten optio.

Als einziger Halt unter all diesen widersprechenden Grundsätzen bietet sich die Grundabsicht Justinians, die Eigenthümlichkeiten, die das legatum optionis von dem legatum generis unterschieden, aufzuheben, es also dem legatum generis unterzuordnen. Im Zweifel muss also im Geiste des legatum generis entschieden werden.[26])

XXVIII.

Als wesentliche Eigenthümlichkeit des legatum optionis haben wir es bezeichnet, dass der Erwerb des Legats und die Wahl des Objects durch einen und denselben Act geschehen.

An sich ist es nun durchaus nicht ausgeschlossen, dass auch bei dem legatum generis Wahl und Erwerbsact zusammentreffen. Ich erinnere beispielsweise an:

l. 12 § 7 quando dies legatorum 36. 2.

Ulpianus l. XXIII ad Sabinum. Si cui homo generaliter sit legatus et antequam vindicet, decesserit, ad heredem suum legatum transfert.

Vgl. auch l. 10 h. t.

Julianus l. XXXIV digestorum. Si Pamphilo servo Lucii Titii servus generaliter legatus sit . . . . . , si quidem Titius servum vindicaverit, exstinguitur Pamphili legatum . . . . si vero Titius legatum a se repudiasset, Pamphilum optare posse legatum constat . . . .

Was aber bei dem legatum generis eine blosse Möglichkeit ist, ist bei dem legatum optionis eine juristische Nothwendigkeit — und der theoretische Ausdruck dieser Nothwendigkeit ist die Auffassung der optio als Bedingung.

---

[26]) So ergeben z. B. die eben citirten l. 10 h. t. und l. 10 de legatis I widersprechende Grundsätze: wir werden im Geiste des legatum generis zu entscheiden haben.

XXIX.

Ob nun dieser Gegensatz zwischen legatum optionis und legatum generis von jeher bestanden, ob er sich allmählich entwickelt, vielleicht erst, nachdem die Vorstellung eines Eigenthumserwerbs-Acts ohne concreten Inhalt sich entwickelt hatte?

Wir glauben das letztere.

Das Bedürfniss nach Vererblichkeit des Legats und unmittelbarem Erwerb desselben für den Gewalthaber mag die Entwickelung hier noch gefördert haben.

Eine Einsicht in diese Entwickelung gewähren uns unsre Quellen leider nicht.

Eben so dunkel ist auch noch die innere Entwickelung des legatum optionis selbst.

War die Auswahl von Sklaven der ursprüngliche Inhalt desselben? Der Ausdruck servi optio scheint geradezu ein technischer gewesen zu sein. Ja der Ausdruck optio scheint *κατ' ἐξοχήν* die servi optio bedeutet zu haben.

l. 99 de leg. I.

Julianus l. LXX digestorum. Si domino Stichus legatus esset et servo ejus optio data, partem dimidiam Stichi dico ad dominum pertinere, quod possit servus manumissus eundem Stichum optare.

l. 2 § 2 h. t.

Ulpianus l. XX ad Sabinum. Data igitur optione si quis optaverit alienum servum, vel hominem liberum, videndum est, an consumpserit optionem: et puto non consumi.

Allmählich erst mögen andere Sachen Gegenstand des legatum optionis geworden sein. Daher wohl die Wendungen:

Optionis legatum, id est ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat.... Inst. II t. 20 § 23.

...si optare velim servum vel quam aliam rem, cujus optio mihi relicta est.... l. 3 § 6 ad exhib. 10. 4.

...sed et si quis optionem servi vel alterius rei reliquerit. c. 3. § 1 C. comm. de legatis VI. 43.

Jedenfalls war die optio servi der Hauptfall des legatum optionis, den auch die meisten unserer Quellenstellen im Auge haben.

War nun das legatum optionis ausschliesslich ein Eigenthumslegat?

In der Regel erscheint es als solches in den Quellen. Ich verweise auf alle bisher besprochenen Stellen, unter andern auf:

l. 8 § 2, l. 14, l. 20 h. t.

l. 3 § 6 ad exhib 10. 4.

Ulpiani fragm. tit. 24. § 14.

An sich ist indess ein legatum optionis per damnationem, auch sinendi modo und per praeceptionem, wohl denkbar.[27]) Und wahrscheinlich wurde ja auch auf Grund des S. Ct. Neronianum das legatum optionis per vindicationem im Falle irgend eines betreffenden Mangels in ein legatum optionis per damnationem umgedeutet: es war dann eben die generelle Offerte eines einfachen Forderungslegats.

Der Untergang des Formensinnes und die Verwischung aller Formenunterschiede mochte auch auf diesem Gebiete der späteren Reform Justinians vorgearbeitet und die exaequatio des legatum generis und des legatum optionis vorbereitet haben.

XXX.

Was ist nun der Gewinn aller unserer bisherigen Betrachtungen?

Mit seiner exaequatio hat Justinian die Eigenthümlichkeiten des legatum optionis aufheben und den Principien des legatum generis die Herrschaft einräumen wollen. Eine genaue Grenzregulirung zwischen diesen beiden Arten von Legaten ist daher nicht bloss von theoretischer, sondern auch von praktischer Bedeutung.

Aber nicht bloss praktischen Gewinn gewährt die Betrachtung des legatum optionis: sie erschliesst uns das theoretisch werthvolle Phänomen der generellen Delation, resp. Offerte eines einfachen Rechts im Gegensatze zur einfachen Delation, resp. Offerte eines generellen Rechts — ein Phänomen, das, wie wir glauben, auch in manchen Gebilden des modernen Rechts sich wird nachweisen lassen.

[27]) Vgl. übrigens l. 18 pr. 10. 2. und l. 34 § 1 de legatis III. Enthält letzere Stelle ein legatum optionis per damnationem?

Karl Georg Bruns

ist am 10. Dezember durch einen unerwarteten Tod uns plötzlich entrissen. Was die Wissenschaft an ihm verliert, soll hier nicht ausgeführt werden. Wir behalten uns vor sein Werden und Wesen später ausführlich zu schildern: die vornehme Sicherheit, die aus der vollständigen historischen und systematischen Durchdringung des Stoffes hervorging, die theoretische Feinfühligkeit und den praktischen Blick, die ihn befähigten geistreicher Neuerung wie überkommener Lehre mit gleich ruhiger Skepsis gegenüberzutreten, den echten Künstlersinn, der jede Untersuchung zum Ziele führte und meisterhaft abrundete, die liebenswürdige Frische und Unmittelbarkeit endlich, die ihn zum gefeierten Lehrer und Führer der akademischen Jugend machten. Hier soll nur dem Gefühle des Schmerzes Ausdruck gegeben werden über den unersetzlichen Verlust, der unsere Zeitschrift betroffen hat: er hat sie mitbegründet, er hat sie 20 Jahre lang mit treuer Hingebung und immer gleicher Humanität geleitet, er hat sie durch eine schwere Krisis glücklich hindurchgesteuert, seine Beiträge sind ihre Zierde und ihr Stolz gewesen. H. P. A.!

Die Herausgeber.

Miscelle.

Dem Codex Leidensis Mss. Lat. Bibl. Publ. N. 191 (XVIII B. A.), membranaceus X Seculi, 47 fol., wird im Catalogus librorum mss. ed. Jac. Geel Leiden 1852 (p. 149 N. 413) der folgende Inhalt zugeschrieben: compendium Codicis Theodosiani, compendium novellarum Theodosii, Valentiniani, Majoriani et Severi, compendium Institutionum Gaii, compendium Sententiarum Pauli.

In Wahrheit enthält derselbe beinahe vollständig die Epitome der lex Romana Visigothorum, welche von Aegidius zuerst herausgegeben ist (zu vergleichen Haenel Ausgabe der l. R. V. praef. p. C). Unter den 14 Codices dieser Epitome, welche Haenel ermittelt und bei seiner Ausgabe der lex Romana benutzt hat (a. a. O. praef. p. LXXV), darunter auch zwei andere Codices der Leidener Bibliothek (a. a. O. praef. p. LXXVII N. 53 und 54), befindet sich derselbe nicht, und auch sonst scheint er nicht bekannt zu sein. Der Codex beginnt mit den Worten: et a Kalendis August. in C. Theod. 2, 8, 2 und reicht bis Paul. Sent. Rec. 5, 7: quod si conventus dominus. Der von Haenel gesuchte Codex (a. a. O. praef. p. LXXXII), welchen Aegidius bei seiner Ausgabe benutzte, ist damit nicht gefunden, da er in entscheidenden Punkten von dem Texte des Aegidius abweicht: das merkwürdige Citat (Haenel a. a. O.) aus dem Apostel Paulus zu Anfang von C. Theod. 9, 4 hat er indess auch.

Amsterdam. Max Cohn.



Inhalt des I. Bandes.

Romanistische Abtheilung.